

CURSO
DE
CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO
E
DIREITO ADMINISTRATIVO

PRELECCÕES FEITAS NA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PELO

DR. A. L. GUIMARÃES PEDROSA

I

INTRODUÇÃO E PARTE I (Parte jeral)

Segunda edição

COIMBRA
IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1908

PREFACÇÃO

Ciência da administração e direito administrativo, — tal é a matéria que tem de ser professada em a nona cadeira do curso jeral da faculdade de direito da Universidade de Coimbra, segundo a designação estatuída na reforma dos estudos universitários feita por o decreto n.º 4 de 24 de dezembro de 1901 (1).

A ciência da administração pública e o direito administrativo não figuravam nos títulos das cadeiras de que se compunham os dois cursos jurídicos, — o da faculdade de cânones e o da faculdade de leis —, organizados pelos notáveis estatutos pombalinos de 1772 (2), nem tam pouco nas denominações das cadeiras do quadro ordenado por alvará de 16 de janeiro de 1805. Não era isso de estranhar, pois que só no primeiro quartel do século XIX começa a elaboração científica do direito administrativo, impulsionada por o princípio da divisão dos poderes, desde que êste, por efeito da revolução de 1789, desceu do campo abstracto da teoria às leis fundamentais dos estados.

A breve trecho se reconhecia a necessidade de nas faculdades de direito das universidades dar logar próprio ao estudo do direito administrativo. E assim, quando entre nós em 1836,

(1) Vej. cit. dec., art. 100.

(2) Estatutos da Universidade de Coimbra, aprovados por carta régia de roboração de 28 ag. 1772.

por isso que as convulsões políticas do país o não permitiram mais cedo, aquelas duas faculdades, de cânones e de leis, foram, por um decreto de 5 de dezembro, reduzidas a uma com a denominação de — faculdade de direito —, entre as catorze cadeiras distribuídas por os cinco anos do curso apparece a 6.^a, no 3.^o ano, sob a rubrica de — direito público português pela constituição, *direito administrativo pátrio*, princípios de politica e direito dos tratados de Portugal com os outros povos (1).

Por esta organização de 1836 foi pois criado em Portugal o ensino do direito administrativo; mas a sua junção, na mesma cadeira, a outras matérias de manifesta importância motivava a restrição do seu estudo.

Em 9 de julho de 1840 resolveu o conselho da faculdade de direito que o ensino do direito público constitucional e do direito administrativo fôsse transferido do 3.^o para o 4.^o ano do curso, saindo da 6.^a cadeira e ficando a constituir o objecto da 10.^a, como se vê da tabela junta à acta do conselho da faculdade de 9 de janeiro de 1841 (2).

Em 11 de fevereiro de 1843 reconheceu a faculdade a necessidade de uma nova distribuição das disciplinas pelos anos do curso, mantendo se todavia, quanto à 10.^a cadeira, o que ficara resolvido na sessão de 9 de janeiro de 1841, e em 8 de março de 1843 estabeleceu o conselho da faculdade bases para aquella distribuição (3).

Uma portaria desta última data determina que o conselho da faculdade de direito apresente proposta sôbre as reformas necessárias. Desta portaria tomou conhecimento o conselho em sessão de 14 do mesmo mês, sendo nomeada uma comissão para elaborar a respectiva proposta (4). Em sessão de 7

(1) Vej. art. 78 do plano aprovado por dec. de 5 dez. 1836.

(2) Vej. Actas do conselho da faculdade de direito, liv. 1-A, fl. 190 e liv. 4, fl. 37.

(3) Actas cit., liv. 4, fl. 78 v. e 80 v.

(4) Actas cit., liv. 4, fl. 81 v.

de abril foi a proposta discutida; em sessão de 28 aprovada, e a sua última redacção transcrita após a acta de 5 de maio seguinte (1).

Em 29 de julho do mesmo ano, discutido o assunto, que ficara adiado da congregação de 8 de março, resolveu o mesmo conselho que o estudo do direito administrativo fôsse reunido ao do direito criminal, sendo a cadeira respectiva colocada no 5.º ano do curso (2).

O conselho da faculdade de direito, no uso do decreto de 13 de janeiro de 1837 (art. 158, § 1.º, combinado com o art. 164), por vezes modificou o plano dos estudos estabelecido no decreto de 5 de dezembro de 1836, pelo que respeita à distribuição das disciplinas pelos anos do curso (3).

Por decreto de 20 de setembro de 1844 foi o quadro das cadeiras da faculdade de direito aumentado com mais uma, e deu-se ao conselho da faculdade a atribuição de distribuir por elas as disciplinas do curso jurídico, conforme mais conviesse ao serviço e ao progresso do ensino (4); nenhuma alteração fez porém o conselho da faculdade, quanto ao ensino do direito administrativo, o qual continuou reunido ao do direito penal. Tinha portanto ainda de ser bastante acanhado o ensino do direito administrativo, posposto ao do direito criminal; e isso com efeito se revela na publicação dos apontamentos de direito administrativo, redijidos segundo as prelecções feitas no ano lectivo de 1844 a 1845 (5).

O sucessivo desenvolvimento da vida administrativa dos

(1) Actas cit., liv. 4, fl. 82, 84 e 85.

(2) Actas cit., liv. 4, fl. 99 v. Os alunos do 5.º ano do curso de 1843-4 foram dispensados das lições de direito administrativo por já o averem estudado no 4.º ano, conforme o conselho da faculdade resolveu em sessão de 2 out. 1843. Actas cit., liv. 4, fl. 102 v.

(3) Vej. o relatório do istoriador da faculdade, transcrito a fl. 123 do liv. 4 das Actas cit., em seguida à acta de 25 nov. 1844.

(4) Vej. dec. de 20 set. 1844, art. 98 e § un.

(5) *Apontamentos de direito administrativo, redigidos segundo as prelecções oraes do ill.º sr. BASILIO ALBERTO DE SOUSA PINTO, feitas no anno de 1844 a 1845*, por LOPÊ JOSÉ DIAS DE CARVALHO e FRANCISCO D'ALBUQUERQUE COUTO. Coimbra (Imprensa da Universidade), 1845.

estados, determinando uma larga acção do direito administrativo e obrigando além disso ao uso de conhecimentos técnicos especiais, fêz avolumar o âmbito e a importância dos estudos administrativos e levou diversos governos à formação de um curso especial administrativo, composto não só de disciplinas jurídicas, mas também de alguns ramos das ciências naturais. Assim, entre nós a lei de 13 de agosto de 1853 determinou que se criasse na faculdade de direito uma cadeira de — *direito administrativo português e princípios de administração* —, separada da de direito criminal, e autorizava o govêrno à formação de um *curso administrativo* (1).

Em congregação de 24 de agosto de 1853 resolveu o conselho da faculdade de direito que já em outubro seguinte se abrisse a aula de direito administrativo português e princípios de administração, ficando estas disciplinas separadas da de direito criminal e colocada a respectiva cadeira no 3.º ano do curso (2).

Data portanto do ano lectivo de 1853 a 1854 na faculdade de direito da Universidade de Coimbra, em cadeira própria, o ensino dos princípios de administração e do direito administrativo.

(1) Êste curso foi organizado pelo decreto de 6 jun. 1854, constando de três anos, com seis cadeiras da faculdade de direito e três da faculdade de filosofia. As cadeiras da faculdade de direito eram: — a) direito natural e das gentes; b) *estadística, economia política e legislação sobre fazenda*; c) direito público universal, direito público português, princípios de política, direito dos tratados de Portugal com os outros países e ciência da legislação; d) *direito civil português*; e) *direito criminal português e comparado*; f) *direito administrativo português e princípios de administração*. As cadeiras da faculdade de filosofia eram: — a) princípios de física e química; b) *mineralojia, jeolojia, arte de minas e sua legislação*; c) *agricultura, economia e legislação rural e technolojia*. Em sessão de 26 jul. 1854 (Act. cit., liv. 5, fl. 228) o conselho da faculdade de direito tomou conhecimento da port. de 3 do dito mês sobre o estabelecimento do indicado curso administrativo e nomeou uma comissão para se reunir com outra da faculdade de filosofia e deliberarem sobre o modo de levar a efeito o estabelecimento do mesmo curso. Em sessão de 5 out. seguinte (Act. cit., liv. 5, fl. 230) perguntou-se se deveria abrir-se já o curso, e em sessão de 13 do mesmo mês (Act. cit., liv. 5, fl. 231 v.) foi aprovado, na parte respeitante à faculdade de direito, o programa com a respectiva tabela das disciplinas e as horas do curso administrativo.

(2) Actas cit., liv. 5, fl. 191 v. Era a 9.ª cadeira do curso jeral de direito, e foi o dr. JUSTINO ANTÓNIO DE FREITAS o primeiro professor encarregado da sua rejeñcia.

Reconhecendo a necessidade de um compêndio para o ensino do direito administrativo português, encetou o dr. JUSTINO ANTÔNIO DE FREITAS em 1857 a publicação de umas *Instituições de direito administrativo* (1), as quais foram adoptadas como compêndio de aula em congregação de 20 de julho de 1857 (2).

Em 14 de outubro de 1859 resolveu o conselho da faculdade, apreciando uma proposta apresentada em congregação de 19 de maio antecedente e o parecer sôbre ela dado por a comissão para êsse fim nomeada, que na segunda cadeira de direito canónico se ensinasse — direito eclesiástico português e *administração jeral* —; e com êste titulo já aparece tal cadeira designada no ano lectivo de 1859 a 1860 no 5.º ano da faculdade de direito, passando a cadeira de direito administrativo português e princípios de administração a ter a só designação de — direito administrativo (3). Por esta forma parecia que se ampliavam os estudos administrativos.

Em sessão de 28 de julho de 1862 resolveu o conselho da faculdade que a referida cadeira de — direito eclesiástico português e administração jeral — passasse do 5.º para o 4.º ano

(1) *Instituições de direito administrativo portuguez*, por JUSTINO ANTONIO DE FREITAS. Coimbra (Imprensa da Universidade), 1857. No prólogo desta obra, p. xi, declara seu autor que, depois de estabelecer os princípios jeraes do direito administrativo, trata *nesta 1.ª parte* da organização dos serviços públicos desde o chefe do estado até a última circunscrição territorial, reservando-se o falar da administração jeral em *outro volume*. Não chegou porém a publicar êste outro volume, e daquele saiu 2.ª edição em 1861. Referente aos três primeiros capitulos da 1.ª edição foi publicado em 1859 um *Ensaio sobre as Instituições de direito administrativo portuguez do Ex.º Sr. JUSTINO ANTONIO DE FREITAS* por AUGUSTO GUILHERME DE SOUSA, estudante do 4.º ano juridico, trabalho de mero character escolar, em parte resultante de desenvolvimentos e explicações dados na aula pelo referido professor.

(2) Actas cit., liv. 6, fl. 30 v. e 32 v. Por proposta do dr. JUSTINO A. DE FREITAS adoptara interinamente o conselho da faculdade de direito em 5 out. 1854 para compêndio da aula de direito administrativo o *Manuel de droit administratif*, de ÉMILE VAUVILLIERS (Actas cit., liv. 5, fl. 230), livro de pequeno volume e formato, que em 2.ª edição, de 1855, Paris (Cotillon), tem apenas 286 páginas. Foi pois êste o primeiro compêndio da aula de direito administrativo. Substituindo-o, seguiu-se-lhe no ano lectivo de 1855-6 o *Précis de droit administratif*, de P. PRADIER-FODÉRÉ, Paris, 1853 (Actas cit., liv. 5, fl. 283 v.). No ano de 1856-7 não ouve compêndio official (Actas cit., liv. 5, fl. 283 v.).

(3) Actas cit., liv. 6, fl. 85 e 91 v.; Relação dos estudantes de 1859-60, na designação das cadeiras do 5.º ano.

do curso de direito, fazendo assim natural sequência às cadeiras de direito eclesiástico e de direito administrativo, que se estudavam no 3.º ano (1).

Satisfazendo a uma portaria de 21 de janeiro de 1864 (2) propôs o conselho da faculdade de direito, em consulta de 5 de junho de 1865, um plano de distribuição de disciplinas por as diversas cadeiras do curso de direito (3), deliberando o mesmo conselho dar à execução êsse plano já no ano lectivo de 1865 a 1866, sem mesmo esperar resolução definitiva do govêrno, como se vê do officio da direcção jeral da instrução pública de 10 de outubro de 1865 (4). Segundo o referido plano, a 7.ª cadeira intitulou-se — *Princípios jerais e legislação portugueza sôbre administração pública, sua organização e contencioso administrativo*.

Sob esta última designação se manteve a 7.ª cadeira do curso de direito até o já referido decreto n.º 4 de 24 de dezembro de 1901, ou, melhor, até o ano lectivo de 1903 a 1904 inclusivamente, visto que, por fôrça do art. 197 do mesmo decreto, só no ano de 1904 a 1905 principiaria no 3.º ano do curso jeral a execução da última reforma no que respeita ao ensino das disciplinas.

Não se pense todavia que dentro do largo período que decorreu de 1865 a 1901 não ouvesse tentativas de reforma.

Com efeito, para satisfazer ao expellido na portaria de 6 de julho de 1866 e à decisão do claustro pleno da Universidade

(1) Actas cit., liv. 6, fls. 153 e 156.

(2) Em sessão de 11 fev. 1864 foi lida esta portaria e nomeada uma comissão para apresentar um parecer sôbre a reforma dos estudos da faculdade (Actas cit., liv. 6, fl. 174). Em sessão de 20 março 1865 (Actas cit., liv. 6, fl. 194) discutiu-se o parecer apresentado e o respectivo plano [transcrito êste após a acta da sessão de 22 maio 1865 (Actas cit., liv. 6, fl. 206)]. Em sessão de 26 abr. (Actas cit., liv. 6, fl. 197 e 198) o conselho resolveu executar já no ano seguinte o novo plano, usando da autorização concedida no art. 158 do dec. de 13 jan. 1837, como se diz no relatório anual da faculdade (transcrito no liv. 6 das Actas, fl. 213).

(3) Actas cit., liv. 6, fl. 206, onde vem transcrita a consulta da faculdade.

(4) *Legislação academica*, Coimbra (Imprensa da Universidade), 1866, p. 45. Em sessão do conselho da faculdade de dir. de 2 out. 1865 (Actas, liv. 6, fl. 215) fala-se da execução do plano, independentemente da aprovação do govêrno. Vej. o relatório do ano no liv. 6 das actas, fl. 239 v.

de 12 dêsse mês, foi pelo conselho da faculdade de direito em congregação de 16 do mesmo mês nomeada uma comissão, a qual em congregação de 18 de dezembro seguinte apresentou o seu parecer com data de 4 do mesmo mês (1); foi o parecer discutido (2), e por sua vez o conselho da faculdade formulou parecer definitivo, com data de 4 de fevereiro de 1867 (3), para ser apresentado ao claustro pleno. Neste parecer mantinha-se o plano de 1865, quanto ao curso jeral de direito, pedindo-se apenas uma 16.^a cadeira, que se juntaria às três do 5.^o ano, e que se inscrevia: — *Administração externa, ou das funções diplomáticas e consulares, e direito dos tratados de Portugal com as outras potências*. No mesmo parecer se formulava para o curso administrativo um novo quadro de disciplinas, composto de nove cadeiras, distribuídas por três anos.

O claustro pleno, tomando por base o trabalho apresentado com data de 2 de fevereiro de 1867 pela comissão respectiva, formulou, com data de 10 de abril seguinte, o parecer jeral sôbre os assuntos comuns a todas as faculdades ou de interêsse jeral da Universidade. Subiram ao govêrno êsse parecer jeral e os pareceres especiais das faculdades, bem como os votos em separado apresentados por alguns professores; mas nada foi superiormente resolvido.

Com data de 20 de dezembro de 1880 outra portaria renovou o objecto da de 6 de julho de 1866 e nele insistiu um officio do ministério do reino de 3 de maio de 1882. Pelo que respeita à faculdade de direito, esta em congregação de 16 de fevereiro de 1883 nomeou uma comissão para dar parecer sôbre o conteúdo daquela portaria. No parecer, apresentado em con-

(1) Neste parecer propunha a comissão, quanto aos princípios de administração e ao direito administrativo, que fôsem estudados em dois anos por o seu estudo não poder fazer-se em um ano só.

(2) Em sessões de 13 e 16 jan. 1867 (Actas cit., liv. 6, fl. 248 e 249) fez-se a discussão do parecer, no qual, além da reorganização do curso administrativo, se propôs a criação de um curso especial para tabeliães e escrivães de direito.

(3) Vej. Actas cit., liv. 6, fl. 237, 246, 248, 249 e 250.

gregação de 17 de novembro seguinte, a comissão propôs um plano com quinze cadeiras distribuídas por cinco anos, no qual a 4.^a era inscrita: — *Ciência da administração e direito administrativo português*, compreendendo: a) organização administrativa; b) matéria administrativa; c) contencioso administrativo e prática respectiva —, e a 7.^a tinha a designação de: — *Princípios gerais de administração colonial: administração colonial portuguesa, sua apreciação e legislação respectiva*. A discussão dêste parecer no conselho da faculdade não se ultimou (1).

Em virtude da portaria de 18 de julho de 1885 (2), falou-se em congregação da faculdade de direito de 23 do mesmo mês de reformas para serem indicadas ao delegado da faculdade ao conselho superior de instrução pública, para o fim de se melhorar a instrução.

Mais uma portaria, de 5 de junho de 1886, foi expedida sobre reorganização dos estudos universitários, o que motivou por parte do conselho da faculdade de direito, em congregação de 17 do mesmo mês, a nomeação de uma outra comissão, a qual apresentou o seu parecer em congregação de 16 de outubro seguinte (3). No plano desta comissão, entre quinze cadeiras, distribuídas por cinco anos, a 7.^a intitulava-se: — *Ciência da administração. Direito administrativo português e respectivo processo. Especialidades do direito colonial*. Para o curso administrativo eram propostas nove cadeiras, distribuídas por três anos.

Nenhuma das tentativas de reforma feitas em 1866, 1880, 1882 e 1886 conduziu a resultados oficiais.

Emfim, em ofício de 23 de fevereiro de 1901 o ministério do reino mandou ouvir os conselhos académicos sobre as bases de reforma incluídas no mesmo ofício. Dos pareceres então

(1) Vej. Actas cit., liv. 8, fl. 9 (congregação de 14 jan. 1881), 15, 21 v., 28 v., 30, 32, 33 v.

(2) Publicada no *Diário do governo*, n.º 158, de 20 jul. 1885.

(3) Vej. Actas cit., liv. 8, fl. 67, 70 e 71 v.

enviados ao governo se utilizou este para a reforma dos estudos da Universidade de Coimbra, constante do já citado decreto n.º 4 de 24 de dezembro de 1901. Segundo esta última reorganização, o curso geral da faculdade de direito consta de dezanove cadeiras, dezoito próprias e uma da faculdade de medicina (cit. dec., art. 100.º), sendo essas cadeiras distribuídas por cinco anos. No 3.º ano do curso geral está a 9.ª cadeira, cuja designação é, como já dissemos ao abrir esta prefacção: — *Ciência da administração e direito administrativo*; no 4.º ano a 13.ª cadeira inscreve-se: — *Administração colonial*. O confronto destas duas inscrições mostra que no objecto do nosso estudo não temos que envolver quer doutrinas quer legislação respeitantes à administração colonial.

Nos termos da mesma reforma (cit. dec., art. 106.º), o curso administrativo é constituído por doze cadeiras, distribuídas por três anos (1).

Fica indicado o título da disciplina de que nos ocupamos; — ciência da administração e direito administrativo —, fórmula simples, mas vastíssimo e complexo o objecto que ela abraça. A administração atinju importância culminante na vida dos estados modernos com a sucessivamente crescente intervenção dos poderes públicos nas variadíssimas relações sociais, e nenhum outro dos ramos jurídicos tem multiplicado e desenvolvido mais os aspectos das suas aplicações práticas. Não só muitos institutos administrativos são de origem recente, mas ainda muitos deles estão sujeitos a mudanças contínuas por virtude das agitações sociais do actual momento histórico.

Seja por ventura um fenómeno transitório aquela inerência do estado ou ela se afirme como solução definitiva, o que

(1) Estas doze cadeiras são no 1.º ano: — princípios gerais de direito civil e direito civil, ciência económica e direito económico, ciência política e direito constitucional, direito ecclesiástico português; no 2.º ano: — ciência da administração e direito administrativo, ciência das finanças e direito financeiro, direito civil, sociologia criminal e direito penal; no 3.º ano: — direito civil, direito internacional, medicina legal, hygiene.

dela actualmente resulta como consequência inevitável é a multiplicidade assombrosa de serviços públicos, os quais, constituindo manifestações da vida administrativa do estado, entram nos domínios da ciência da administração e do direito administrativo.

Desde a formação dos órgãos da administração central até os mais modestos organismos institucionais, desde a aquisição dos largos meios financeiros do estado até a arrecadação dos mingüados recursos da mais sinjela administração local, desde os mais simples elementos de manutenção da ordem pública até a organização e sustentação dos poderosos meios de segurança externa, desde os factos denominados de ordem física ou relativos à população até os da esfera económica e material e dêstes até os da vida intelectual e moral, — o campo da acção administrativa é como que interminável de variedade, de extensão e de compreensão. E para mais, a ajitação, que caracteriza a sociedade moderna, de momento a momento modifica, transforma ou substitui as instituições administrativas que as necessidades da vida do estado determinam.

Basta pois atender por um lado à vastidão da matéria, aos seus variadíssimos aspectos, à complecsidade dos objectos que envolve, a par das incertezas sôbre os limites da ciência administrativa, o que importa a incerteza do seu próprio conteúdo e conceito, e por outro lado à acção renovadora dos modernos métodos científicos na sua aplicação às ciências sociais, para antever as inúmeras dificuldades intrínsecas que se apresentam na sistematização e inteliência dos elementos integrantes da ciência da administração e do direito administrativo.

Não é assim de admirar a disparidade de idéas que, ainda em pontos fundamentais, se nota nos trabalhos científicos sôbre este ramo das ciências político-jurídicas. Não se encontram talvez dois tratados de direito administrativo que se correspondam, quer nos desenvolvimentos das suas diversas divisões, quer até nas linhas jerais dos seus sistemas. Nem ainda nos estados, onde os estudos administrativos teem

tido maior intensidade e onde autores de valor incontestado lhes dedicaram as suas lucubrações ou desvelos, se tem chegado a resultados seguros. Da própria Alemanha saem neste sentido confissões e lamentos: um dos maiores vultos da ciência administrativa, STEIN, salienta a impossibilidade de se chegar «a algum princípio firme de direito público» e vai até a conclusão desanimadora de que — «falta o conceito do direito administrativo». Da Itália, onde modernamente tem apparecido notáveis trabalhos sobre esta ciência, afirma ORLANDO (1) a falta de tradições, escola e modelos. No muito que a jurisprudência deve à escola francesa avulta também o defeito do sistema e o abuso do método exejético, falta de princípios precisos e de largueza de vistas, que, sendo, por sua natureza, particularista, tem obstado à formação científica do direito administrativo.

Graves são por tudo isto a dificuldade e a responsabilidade do ensino desta disciplina; e essa dificuldade e essa responsabilidade mais se avolumam entre nós, pois que, além de nos faltarem tradições de vida normal administrativa, não temos uma jurisprudência respectiva, verdadeiramente merecedora dêsse nome, nem possuímos tratados científicos, que possam servir de direcção ou de modelo.

As já referidas *Instituições* do dr. JUSTINO DE FREITAS, embora mesmo incompletas ajam sido proveitosas no estudo do direito administrativo, estão actualmente muito abaixo das exigências do ensino universitário. Depois destas *Instituições* apenas em 1888 o sr. dr. JOSÉ FREDERICO LARANJO, a êsse tempo professor desta disciplina, encetou a publicação de uns *Princípios e instituições de direito administrativo*, que serviram de compêndio da aula; mas êsse trabalho, valioso na parte saída a lume, ficou muito incompleto, porque o seu autor, passando a rejer a cadeira de — direito público interno e externo e direito constitucional português —, applicou as suas poderosas

(1) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano (Società Editrice Libreria), 1, p. ix.

faculdades de inteliencia e de trabalho à publicação, encetada em 1898, dos seus *Princípios de direito político e direito constitucional português*, destinados ao ensino nessa cadeira.

Ligadas também ao ensino universitário, por constituírem dissertações escolares feitas sôbre pontos indicados pelo professor, estão publicadas algumas monografias, que ilustram os seus autores, alguns já oje membros da faculdade de direito, mas que só podem servir de aussilio no estudo das matérias especiais que ventilam (1).

Além dêstes teem visto a luz da publicidade outros trabalhos isolados, em limitado número, nenhum todavia constituindo um tratado completo de direito administrativo (2). O que mais avoluma são os escritos de exejese legal, quer em anotações a diplomas lejislativos, quer em artigos de jornais jurídicos, as colecções de arestos dos tribunais e as decisões burocráticas superiores (3).

(1) Indicaremos apenas:—*Juntas de parochia* (relatório por uma comissão do curso do 3.º ano jurídico de 1871 a 1872, de que foi relator MANUEL ANTONIO DA SILVA ROCHA), Coimbra, 1872 (62 p.); — *O municipio e a descentralização* (por uma comissão do referido curso, de que foi relator CANDIDO DE FIGUEIREDO), Coimbra, 1872 (28 p.); — *A justiça das eleições no systema representativo* (por uma comissão do mesmo curso, de que foi relator JOSÉ PIMENTEL HOMEM DE NORONHA), Coimbra, 1872 (59 p.); — *A internacional e o socialismo ou Influencia do socialismo e da Internacional na administração e na politica dos estados* (por uma comissão do dito curso, de que foi relator JOAQUIM PEREIRA DA SILVA AMORIM), Coimbra, 1872 (54 p.); — FRANCISCO JOAQUIM FERNANDES, *Estudo sôbre organização administrativa: Contencioso administrativo sob o aspecto theorico e pratico*, etc., Coimbra, 1894 (70 p.); — JOSÉ TAVARES, *A freguezia ou parochia como divisão administrattva*, Coimbra, 1896 (62 p.); — JOSÉ CAEIRO DA MATTA, *Pessoas sociaes administrativas*, Coimbra, 1903 (109 p.); — ALFREDO PINTO DA CRUZ DA ROCHA PEIXOTO, *A noção de personalidade juridica considerada como grandeza abstracta variavel*, dissertação publicada no jornal *O Instituto*, que se publica em Coimbra, nos vol. 50.º e 51.º

(2) Mencionaremos: — JOAQUIM THOMAZ LOBO D'AVILA, *Estudos de administração*, Lisboa, 1874 (302 p.), livro que constitui, no seu jénero, um bom trabalho crítico sôbre alguns capitulos da nossa administração e que pode ser lido com proveito; — J. A. ISMAEL GRACIAS, *Princípios de direito administrativo*, Nova Goa, 1898 (83 p.), escrito didáctico destinado ao ensino secundário no liceu nacional de Nova Goa e no qual o seu ilustrado autor se mostra conhecedor dos modernos trabalhos sôbre a ciência administrativa; — A. M. DO COUTO MONTEIRO, *A garantia dos funcçionarios administrativos*, Lisboa, 1866 (62 p.); — ABEL ANDRADE, *Administração e direito administrativo*, Coimbra, 1893 (31 p.); — JACINTHO ANTONIO PERDIGÃO, *Apontamentos de direito, legislação e jurisprudencia adminstrativa e fiscal*, Lisboa, 1883 a 1885, obra principalmente de caracter prático, em que os assuntos estão dispostos por ordem alfabética, proficientemente encetada, mas de que infelizmente só vieram a lume os vol. 1.º e 2.º e parte do 3.º

(3) Sómente designaremos: — HENRIQUE DA GAMA BARROS, *Repertorio administrativo* (feito

Rejendo á anos a cadeira de direito administrativo na Universidade de Coimbra, aproveitámos em alguns dêsses anos para o ensino da parte jeral os dois primeiros fascículos dos *Princípios e instituições* publicados por o sr. dr. LARANJO, preenchendo o que faltava com matéria de livros estrangeiros e algum lavor próprio. Tendo-nos porém a experiência confirmado o muito que o ensino perde por falta de um compêndio escrito em português, que possa servir de guia, quer ao professor, quer aos alunos, e embora avendo por deminutas as nossas fôrças e sobrando-nos apenas a vontade, resolvemos, como ensaio, no ano lectivo de 1904 a 1905, imprimir as prelecções que íamos fazendo, facilitando assim aos alunos o seu estudo. Tal foi a orijem do livro, de que se dá agora uma segunda edição, com as correcções que o estudo posterior nos foi sujerindo.

Não basta conhecer, diz um actual professor de direito administrativo na Universidade de Paris (1), é preciso compre-

sobre a edição official de 1854 do código administrativo de 18 mar. 1842), Lisboa, 1870; — *Código administrativo*, nova edição official, annotado, Lisboa, 1865; — JOAQUIM DA CRUZ MIGUEIS, *Anotações ao código administrativo de 2 de março de 1895*, Porto (Magalhães & Moniz), 1896; — JAYME ARTHUR DA MOTTA, *Código administrativo approved por carta de lei de 4 de maio de 1896*, annotado, Coimbra, 1896. Dos jornais jurídicos citaremos simplesmente: — *Revista de direito administrativo*, publicação principiada no Porto em 1878 e que terminou com o ano de 1897; — *Gazeta dos tribunaes administrativos*, começada em Villa Real em 1887 e também já finda; — *Gazeta de direito administrativo*, que encetou a sua publicação no Porto em 1903 e continua, merecendo especial designação; — *Revista de legislação e de jurisprudencia*, que se publica em Coimbra, apresentando, principalmente do anno 11.º (1878 a 1879) em diante, artigos importantes sobre direito administrativo; — *O Direito*, que se imprime em Lisboa desde 1869, compreendendo uma parte destinada a assuntos de direito administrativo e de administração pública; — *Estudos jurídicos*, Coimbra, 1903, de que saíram oito números, sendo de sentir que tal publicação não tenha continuado. Por especialmente conterem resoluções da instância superior administrativa e da direcção jeral de administração política e civil convém citar: — *Resoluções do conselho de estado na secção do contencioso administrativo*, colligidas e explicadas por JOSÉ SILVESTRE RIBEIRO, Lisboa, 1854 a 1874; — *Collecção de resoluções do supremo tribunal administrativo*, publicada em Lisboa com referência aos anos de 1890 e seguintes; — *Annuário da direcção geral de administração política e civil* (a partir de 1 ag. 1888), Lisboa, 1889 e anos seguintes.

(1) H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris (Arthur Rousseau), 4.ª ed., 1906, Prefácio, p. ix.

ender claramente, para bem julgar; daqui deriva a necessidade de dar mais largo espaço aos desenvolvimentos teóricos, para que os alunos sejam levados a exercitar mais a sua intelligência do que a sua memória. Tivemos isso em vista, procurando principalmente apresentar um sistema de princípios e fujindo da subordinação ao critério exejético, pois que a exejese só pode ser útil, se for esclarecida por uma robusta preparação de princípios; não deixaremos entretanto de expor o estado actual da legislação e até mesmo as soluções da jurisprudência, quando a oportunidade o pedir.

Dêste modo os futuros advogados encontrarão neste livro os dados fundamentais do direito positivo para se orientarem no estudo profissional que ouverem de fazer fóra da Universidade. Não se deve pedir outra cousa ao ensino universitário, porque isso seria desconhecer o character e o fim de alta cultura científica que êle tem por missão preencher, e especialmente quanto a estudantes, que, dedicando-se a profissões práticas, facilmente se expõem a cair na rotina e eresia jurídica, tão freqüentes entre os juizes e os advogados. Nas tendências modernas do ensino do direito tem-se em vista elevar as intelligências acima do particularismo da lei nacional em vigor, abrindo orizontes de uma mais justa interpretação e applicação da mesma lei aos casos da vida e facilitando a introdução de modificações, que tornem menos inflexível essa applicação, segundo as circunstâncias do tempo (1).

Não temos a pretensão de inovar; se por vezes emitimos opinião discordante da dos mestres no assunto, não seja isso attribuído a essa pretensão descabida, mas sim, na diverjência de pensar, ao dever de procurar contribuir com algum esforço intellectual, embora modesto, para o esclarecimento possível dos intrincados problemas da ciência administrativa.

Destinado êste livro à elucidação dos alunos no estudo do ramo científico, que constitui o seu objecto, cumpre indicar

(1) Vej. R. ALTAMIRA, na *Rev. du droit public*, t. IX, 1898, p. 358.

nele o que, satisfazendo aos intuitos da cadeira, por melhor se ouver na vasta galeria dos escritores de ciência da administração e de direito administrativo; e assim se fará, reproduzindo as ideas dêsses autores, e até por vezes as suas próprias expressões.

É um trabalho principalmente de construção sintética. Dentro do curto espaço de um ano lectivo seria impossível percorrer analiticamente os objectos que preenchem o amplíssimo âmbito da ciência da administração e do direito administrativo. Se já em 1866, em um parecer, a que acima se faz referência, se propunha que estas matérias fôsem estudadas em dois anos, sobrada razão averia oje para assim se proceder, atento o enorme desenvolvimento actual da acção administrativa do estado e o extraordinário movimento operado de então para cá no campo das ciências político-jurídicas.

Sendo de á muito reconhecida a necessidade de corrigir e simplificar a ortografia nacional, e desejando atrair um pouco a êsse campo de estudos a atenção dos alunos da nossa Universidade, resolvemos adoptar neste trabalho quasi inteiramente a ortografia proposta e defendida por o sr. A. R. GONÇÁLVES VIANA nos seus notáveis estudos sôbre a língua portuguesa; e tendo-se o erudito filólogo prestado amávelmente a rectificar os defeitos da nossa revisão, por certo inevitáveis em quem, como nós, se acha afeito por longa prática à ortografia usualmente seguida, aqui lhe deixamos exarado o nosso sincero agradecimento.

Coimbra, novembro de 1908.

A. L. GUIMARÃES PEDROSA.

INTRODUÇÃO

PRENOÇÕES E DETERMINAÇÃO DA CIÊNCIA

TÍTULO I

Prenoções

1. — Advertência preliminar: — necessidade do estudo prévio de noções fundamentais.

No seio do estado desenvolve-se e actua a *administração pública*, estatui e obriga o *direito administrativo*.

Pela administração e pelo direito administrativo o *estado* realiza e garante as condições de existência, conservação e aperfeiçoamento do organismo público e adquire e aplica os meios necessários à vida e acção desse organismo. Assim o estudo da ciência da administração e do direito administrativo pressupõe o conhecimento da natureza do *estado*, porque o direito administrativo é norma reguladora da acção administrativa que o estado desenvolve no conseguimento de seus fins; e, como diz MEUCCI (1), não se pode conhecer a acção ou desenvolvimento de uma fôrça, sem se conhecer sua íntima energia e, portanto, a natureza do sujeito operante.

Pela administração e pelo direito administrativo o estado

(1) *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino (Fratelli Bocca), 3.^a ed., 1892, p. 27.

favorece o alargamento das relações sociais. Com efeito, o viver moderno acusa alterações e tendências, que affectam todas as camadas da *sociedade*: — applicações variadas do trabalho, que a criação e o aperfeiçoamento de novas artes e indústrias, aussiliadas por as descobertas científicas, amplamente teem desenvolvido e feito frutificar; relações extensas de comércio, animadas e multiplicadas pela facilidade e rapidez, que o vapor e a electricidade vieram dar às comunicações terrestres e marítimas; aspectos diversíssimos do princípio associativo no campo da vida económica, artística, científica e moral; elevação intelectual e aprossimação das classes pelo derramamento da instrução e assimilação das ideas e pela acção benéfica dos sentimentos altruistas: — emfim, um profundo movimento ajita e impulsiona o corpo social, que assim actua na vida pública do estado; e êste, a par dos múltiplos aspectos do viver da sociedade, desdobra e difunde a sua actividade em outras tantas manifestações de ordem administrativa, que as instituições do direito legitimam, protejem e garantem e que por um influxo reflectivo animam e engrandecem as relações sociais (1).

Por um lado, nesta imensa complexidade de factos, que a vida da sociedade e do estado abranje, e que entram no mais largo âmbito da ciência da administração e do direito administrativo; nesta acção social e jurídica do estado, sempre e sempre crescente; por outro lado, nos aspectos novos sob que teem sido estudadas as ciências sociais, e em especial as ciências políticas ou do estado, cuja sistematização jeral ainda se não acha plenamente formada; no embate das ideas e doutrinas antigas com os modernos princípios e teorias: — em tudo isto se deve ver a orijem da diversidade e da incerteza que

(1) Vej. SAILER, *Prolegomeni allo studio del diritto amministrativo*. Venezia, 1891, cap. 1.º; WORMS, *Organisme et société*, Paris (V. Giard & E. Brière), 1896, p. 27 e s., 38 e s.; GIDDINGS, *Principes de sociologie*, tr. do V.º COMBES DE LESTRADE, Paris (V. Giard & E. Brière), 1897, p. 1 e s.; DI BERNARDO, *La pubblica amministrazione e la sociologia*, Torino (Fratelli Bocca), 1888, t. I, p. 383.

entre os publicistas se nota nas razões em que assentam a ciência administrativa, nos critérios sistemáticos que adoptam, nos métodos que empregam.

Bastam estas ligeiras considerações para mostrar a vantagem, e até necessidade, de firmar noções fundamentais, de indicar princípios e leis sobre a natureza e estrutura da sociedade e do estado, de conhecer a razão da sua existência e o seu aspecto jurídico, de atender aos fundamentos e modos de ser do seu poder soberano, de estudar as formas ou manifestações da sua actividade, — de percorrer emfim matérias, que, comquanto não estejam compreendidas nos limites precisos do ramo científico que nos ocupa e antes constituam conteúdo próprio de outras ciências, são todavia, além de antecedente lógico, preliminar conveniente em um curso regular de *ciência da administração e direito administrativo*.

Procedendo dêste modo, acompanhamos a maioria dos tradistas (1); fá-lo-emos porém com sobriedade, dizendo apenas o que reputamos necessário, e expondo-o acomodadamente à índole do nosso estudo.

(1) MEUCCI, obr. cit., inclui na parte geral uma desenvolvida secção, em que se ocupa da noção, idea e fins do estado e seus poderes; LORIS, *Diritto amministrativo*, Milano (Ulrico Hoepli), 1891, numa introdução trata da noção e fim do estado, dos poderes públicos e respectivos limites, etc.; PUNTURO, *Diritto amministrativo*, Caltanissetta, 1891, enche uma primeira parte com prenoções jerais de direito público, etc.; PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli (Giuseppe Marghiert), 1872, em três capitulos dos preliminares fala do estado, da soberania e da divisão dos poderes; SAILER, ob. cit., preenche três capitulos com o estudo da sociedade e do estado, da soberania e das suas funções e da acção do estado; no *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano (Società Editrice Libreria), t. I, 1900, escreveu ORLANDO uma larga *Introduzione al diritto amministrativo*, numa parte da qual expõe teorias fundamentais acêrca do estado; BRUNIALTI, *Diritto amministrativo* (em via de publicação, vol. IV da 2.ª série da *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*), 1904, estuda no primeiro capitulo da introdução principios fundamentais referentes à orijem, razão e modo de ser do estado, etc.; DUCROZ, *Cours de droit administratif*, Paris (A. Fontemoing), 7.ª ed., 1897, apresenta em uma larga introdução noções preliminares de direito constitucional; HAUBOU, *Précis de droit administratif*, Paris (L. Larose & Forcel), 2.ª ed., 1893, desenvolve a teoria do estado e outros assuntos de direito público antes de entrar propriamente no direito administrativo, e embora a 5.ª ed. (1903) desta sua obra tenha em parte contextura diversa, ainda aí precede o direito administrativo de matéria de direito público geral; etc.

CAPÍTULO I

Sociedade e estado

SECÇÃO I.

Sociedades humanas**2. — Assuntos postos de lado: — as sociedades animais; as origens do homem.**

Sem desconhecer que o impulso ou instinto de associação não é exclusivo do homem, não sendo portanto indiferente, na investigação da natureza do princípio ou lei da sociabilidade, condição constitutiva da existência do estado ou sociedade política, considerá-lo em todo o mundo animal, como semelhante estudo nos levaria para além dos limites prepostos ao presente trabalho, ponho de lado quaisquer pesquisas acerca de sociedades, que não sejam as humanas (1).

E, restringindo-nos a estas, ainda aqui não conduziremos as nossas indagações até o estudo da origem do homem, nem mesmo até a apreciação psicológica do homem primitivo, embora êsses trabalhos possam dar luz, que melhor esclareça a natureza dos primeiros agrupamentos humanos.

3. — Sociabilidade humana.

Deve considerar-se como verdade incontroversa a tendência e necessidade natural e irresistível do homem a estabelecer e conservar relações com seus semelhantes.

O homem viveu sempre, vive e não pode deixar de viver em sociedade.

Se o homem não fôsse desde a sua origem um ser sociável

(1) Acerca das sociedades animais podem ver-se, A. ESPINAS, *Des sociétés animales*, Paris, (Germer Baillière et C.^{ie}), 1877; AD. POSADA, *Teorias modernas acerca del origen de la familia, de la sociedad y del estado*, Madrid, 1892, p. 44 e s.; SPENCER, *Principes de sociologie*, tr. de E. CAZELLES, Paris, 1890, t. I, cap. 5.^o, 6.^o e 8.^o

e social, êle teria sido rápidamente extinto na luta com as outras espécies animais (1).

A convivência é condição que se impõe à existência do homem primitivo e lhe permite o seu desenvolvimento (2); ela é, desde todos os tempos, não um produto da violência ou força, de acção fortuita, ou de acto contratual, mas um facto primário e natural, o efeito de leis immanentes, que rejem a natureza humana (3).

A lei natural da sociabilidade manifesta-se no actual selvajem; e é jeralmente recebida a afirmação das analogias fundamentais entre o moderno selvajem e o homem primitivo, se bem que possam opor-se-lhe dificuldades de valor (4).

(1) VACCARO, *Le base del diritto e dello stato*, Torino (Fratelli Bocca), 1893, p. 57 e 61. «O homem, diz HAUSER [*L'enseignement des sciences sociales*, Paris (Marescq Ainé), 1903, p. 26], é um ser que vive em sociedade e feito para viver em sociedade: sociável ao mesmo tempo que social. Constantemente se confundem o sentido realista e o sentido finalista e ético da palavra social».

(2) Vej. PEDRO DORADO, *Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale*, na *Revue du droit public et de la science politique*, t. XII, 1899, p. 14, n. (1); MAXIME KOVALEWSKY, *Les origines du devoir*, na *Revue internationale de sociologie*, 2.º ano, 1894, p. 82.

(3) Vej. PUNTURÓ, obr. cit., p. 4 e 5; ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze (G. Barbèra), 2.ª ed., 1890, p. 14.

(4) Com efeito: poderá admitir-se que os actuais povos selvajens mantenham o seu estado primitivo, sem em nada ter sido modificado pelo decurso de tantos séculos? Não deverá antes o seu estado de hoje ser considerado a degeneração de uma civilização anterior? Pois se o homem civilizado, permanecendo por longo tempo no isolamento, chega a embrutecer-se, não poderá também um povo, enfraquecidos por quaisquer circunstâncias históricas os seus laços sociais, retroceder no seu estado de civilização? E não poderá assim por um processo de degeneração, antes que supô-los estacionários no seu estado primitivo, explicar-se o grau infimo de sociabilidade e de civilização que se nota nos povos selvajens? Nem faltariam exemplos históricos: os esquimós na Groenlandia tiveram um periodo de relativa civilização e de forte coesão social, quando no século xv exterminaram os escandinavos, que os aviam submetido; e depois, contrançados à disseminação por virtude das causas físicas, que, ao que parece, determinaram a glacialidade daquele clima, êles caíram no estado bárbarico em que se encontram. Considerações semelhantes suscitam as tribos indianas da América e até os australianos (ORLANDO, cit. *Primo trattato*, t. I, p. 8, n. (1), p. 10, n.º 6).

O que fica dito não é todavia bastante para destruir a afirmação de STARCKE [*La famille primitive*, Paris (Félix Alcan), 1891, p. 4] de que «toda a sociedade começa pela barbaria», afirmação que conduz a aceitar a teoria do progresso em opposição à hipótese da degradação ou degeneração de uma primitiva idade de ouro, anterior ao estado selvajem que conhecemos, e da qual teriam procedido as raças humanas.

Não é intuito nosso discutir aqui tais hipóteses, às quais nos referimos tam sómente para se ver que nenhuma delas nega o principio da sociabilidade.

Sobre as hipóteses da degradação e do progresso podem ver-se EDWARD B. TYLOR, *La civi-*

Pode a fôrça de socialização assumir maior ou menor complexidade, variar com as raças e os tempos e com o grau de civilização dos povos, quer em intensidade, quer em extensão; mas, por mais que se investigue acêrca das orijens primitivas do omem, por mais que a ciência moderna aprofunde o estudo das orijens sociais, o princípio associativo aparece sempre como verdade indiscutível ante as provas mais ou menos valiosas da istória e a confirmação das induções sociolójicas.

Afastada a concepção do isolamento individual, espécie de estado de natureza de que falam HOBBS e ROUSSEAU, só por abstracção se pode conceber o omem fora de quaisquer relações sociais; e estudado abstractamente, sendo, como tal, objecto da biolojia, ainda aí em muitos dos seus aspectos êle se mostra um producto dessas relações: a palavra, um dos caracteres que, no dizer vulgar, distingue o omem dos outros animais, não existiria sem a convivência umana; o próprio pensamento é derminado pelas influências da sociedade (1).

Inexacto assim o princípio do *bellum omnium contra omnes* de HOBBS em relação aos individuos, é êle todavia aceitável, e uma realidade no dizer de WUNDT, quando aplicado aos primitivos grupos umanos, uns em face dos outros (2). A guerra é o estado ordinário e natural dêsses primeiros agrupamentos (3).

lisation primitive, tr. de M.^{me} P. BRUNET, Paris (C. Reinwald et C.^e), 1876, t. I, cap. 2.^o, p. 29 e s., apreciando GIBBON, *Décadence et chute de l'empire romain*, cap. 38.^o, que propugna a teoria do progresso, e JOSEPH DE MAISTRE, *Soirées de Saint-Petersbourg*, t. II, p. 150, que declama em favor da hipótese da degradação; LUBBOCK, *Les origines de la civilisation*, tr. de Éd. BARBIER, Paris (Germer-Baillière et C.^e), 1877, p. 469 e s., contestando o estado semi-civilizado primitivo defendido por o arcebispo WHATELY, *Political economy*, p. 68, e respondendo á impugnação da sua doutrina feita pelo DUQUE D'ARGYLL na revista *Good Words*, n.^{os} de março a junho de 1868; fornecendo elementos confirmadores da doutrina do progresso, desde o selvajem ao bárbaro e dêste ao omem civilizado, BÜCHNER, *L'homme selon la science*, tr. de CM. LETOURNEAU, 2.^a ed., 1874, 1.^a parte, p. 92 e s. e n. 43 a p. 149; STARCKE, obr. cit., p. 4 e s.; M.^{me} CLÉMENTCE ROYER, *Origine de l'homme et des sociétés*, Paris (Victor Masson et fils), 1870, p. 353 e s.; HERBERT SPENCER, cit. *Princ. de sociologie*, t. I, cap. 8.^o, § 50.^o, p. 138; *Essai sur le progrès*, tr. de A. BURDEAU, Paris (Germer Baillière et C.^e), 1877, p. 17 e s., na applicação às sociedades da lei jeral da passagem do omojéneo ao eterojéneo.

(1) ORLANDO, cit. *Primo trattato*, t. I, p. 6 e 10; cit. *Princ. di diritto costit.*, p. 14.

(2) WUNDT, citado por FRANCISCO GINER, *Estudios y fragmentos sobre la teoria de la persona social*. Madrid, 1899, p. 186.

(3) VACCARO, obr. cit., p. 179.

4. — Orijens sociais; sociedades políticas.

Não cabem aqui uma larga exposição e a critica das teorias suscitadas pelas investigações sôbre as orijens da sociedade e do estado. As difficuldades intrínsecas do assunto, principalmente devidas à grande falta de materiais positivos, difficuldades a que se prendem as questões formidaveis da unidade ou pluralidade da espécie umana e até a da orijem do omem, teem dado marjem a jeneralizações subjectivas, conformes ao método, tendências e orientação filosófica de cada autor.

Traçaremos apenas as linhas fundamentais dessas teorias.

A) *Teoria do patriarcado*. De entre as teorias acêrca das orijens sociais sobresaí a do patriarcado ou concepção patriarcal da família e do estado. SUMNER MAINE (1) é o seu mais conspícuo representante.

Por esta teoria, parte-se do primeiro par, da união matrimonial monogâmica, que, com os filhos, constitui a família primitiva. «A família, diz ORLANDO, falando desta teoria, é o tipo social da primitiva convivência, é uma companhia social entre diversos indivíduos ligados pelo vínculo de uma descendência comum, sujeitos ao mais velho dos ascendentes (2). O chefe, o mais velho dos ascendentes, é a autoridade decisiva; a sua decisão representa o direito. Assim a família patriarcal faz, na sua esfera de acção, as vezes do *estado*. «Entre as diversas famílias, por sua vez descendentes de uma única estirpe, formam-se associações maiores, provavelmente com o fim de prover melhor à sua defesa contra inimigos comuns; surge assim a *gens*, a *tribo*, na qual a constituição é todavia familiar e o vínculo social fundado sobre a consangüi-

(1) *L'ancien droit*, tr. de COURCELLE SENEUIL, Paris (Guillaumin et C.), 1874, cap. 5.º, p. 107 e s.; *Études sur l'histoire des institutions primitives*, tr. de JH. DURIEU DE LEYRITZ, Paris (Ernest Thorin), 1880, p. 81 e s.

(2) Este representa e exterioriza a força de coesão e de integração do grupo e desempenha substancialmente as funções que nos *estados* são reservadas ao poder soberano, diz ainda ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, t. I, pag. 7.

nidade; mas a intensidade dêste vínculo perde de eficácia ao passo que aumenta em extensão. No alargamento do grupo social aparecem as ficções do parentesco. Da união de várias *gentes* sob uma autoridade, que deriva a sua orijem de uma razão política, nasce o estado em sentido estricto» (1). «Desde que uma tribo se ficsa, diz SUMNER MAINE (2), para viver definitivamente em um dado território, a terra, o solo, substitui o parentesco como fundamento da organização social».

Nos termos da teoria do patriarcado a consangüinidade ou parentesco é o laço mais antigo das comunidades humanas, a família o elemento primário de toda a organização social ulterior; por uma expansão da família primitiva, por uma associação, não de indivíduos, mas de famílias, provindas de um tronco comum, *gens* ou tribo, ficsando-se em um dado território, se verificaria a grande transformação social, que em rigor determina a constituição do poder politico, e conseqüentemente do estado. Afirma-se assim a posterioridade istórica da sociedade politica ou estado em relação à família e derivando desta. A istória política assenta o seu comêço no princípio da comunidade de sangue; o vínculo do parentesco é a base única da comunidade de funções politicas.

B) Teorias opostas ao patriarcado. Notando-se que a teoria patriarcal colhera os elementos da sua afirmação sómente na preistória da raça ariana, da semita e pouco mais, o que não abraça toda a evolução humana, nem representa o estado primitivo da humanidade, e que, se aproveita os testemunhos de HOMERO, PLATÃO, ou ARISTÓTELES, não vai além de povos bárbaros de tipos superiores, desprezando a grande massa de raças não civilizadas e passando em silêncio muitos factos contrários à sua hipótese e importantes observações dos modernos exploradores:—com tendência jeral oposta à teoria do patriarcado outras teorias apareceram, que procuraram

(1) ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, t. I, p. 7.

(2) POSADA, cit. *Teorias*, p. 24; SUMNER MAINE, cit. *Études*, p. 91.

abraçar toda a evolução humana sem desprezar qualquer dado, dando superior importância ao estudo das raças selvagens, e as quais, embora se não apresente cada uma como exclusiva e sejam entre si divergentes por algumas das conclusões a que chegam, representam no seu conjunto essa tendência, porque atribuem à sociedade uma existência anterior à família patriarcal.

Dos trabalhos parciais de BACHOFEN e MAC-LENNAN, que foram os iniciadores desta tendência, um estudando os mitos (1) e outro os símbolos (2), e dos de MORGAN sobre os sistemas de parentesco de diversas tribos americanas (3) se aproveitou GIRAUD-TEULON nas suas investigações, podendo dizer-se que

(1) BACHOFEN, partindo do princípio de que a tradição mítica é a expressão da vida de épocas que contêm em germe a evolução histórica do mundo antigo, deriva do exame de certos mitos a preeminência social e política da mulher durante um longo período. É a teoria do *matrarcado*. Na sociedade primitiva o instinto sexual e a procriação constituem os polos da vida moral do homem. O eterismo é o primeiro facto social universal. Mas a preeminência do homem, devida à sua força brutal e ao instinto da procriação, não persiste. Por virtude da situação natural da mulher, como educadora directa dos filhos e mais facilmente refreadora das suas paixões, se passa do eterismo ao matrimónio com predomínio da mulher.

(2) Analogamente a BACHOFEN, MAC-LENNAN considera o símbolo uma imagem viva do passado do povo em que como tal existe: se em povos primitivos encontramos usos de valor real análogos ao símbolo que se nos depara em um povo determinado, podemos concluir que este povo deve ter atravessado um estado social semelhante ao daqueles povos primitivos. Assim, o rapto matrimonial simbólico recorda uma época em que existiu o rapto efectivo. Pelo que diz MAC-LENNAN, a humanidade primitiva deveu viver, não em família, mas em grupos eterojéneos, espécies de colectividades matrimoniais unidas pelo laço de sangue e que se distinguiam por o seu *totem* ou divisa, uma planta ou um animal, que chega a ser considerado como o antecessor da comunidade, sendo no interior de absoluta promiscuidade as relações entre os secos.

(3) MORGAN, estudando os sistemas de parentesco de diversas tribos americanas, procurou fundar uma teoria sobre a origem e evolução da sociedade humana na interpretação das nomenclaturas de parentes, as quais, em sua opinião, denunciam, quer o actual estado de uma organização social, quer o estado anterior, por a nomenclatura não corresponder à realidade efectiva e ser como que o resto de uma vida modificada. A primitiva vida social é vida de parentes, de jentes unidas pelo sangue, verificando-se o ulterior desenvolvimento social mediante uma interna distinção de graus de parentesco. De um primitivo estado de vida promiscuitária se passaria à família consanguínea, distinguindo-se por jerações os grupos matrimoniais. MORGAN distingue dois períodos humanos: no primeiro predomina a produção do próprio homem, e portanto a família com seu critério de consanguinidade para a organização social; no segundo impera a produção de meios de vida, modificando-se a velha sociedade, que tinha por base vínculos de sangue, em uma sociedade compendiada em estado, e cujas unidades constitutivas não são já os grupos de consanguíneos, mas entidades locais.

êste autor desenvolveu e firmou as linhas jerais desta tendência.

Segundo GIRAUD-TEULON, ouve um primitivo estado de absoluto comunismo: ao princípio verdadeiras ordas, grupos mais ou menos numerosos, sem que os indivíduos se achassem entre si ligados por um laço reflectivo e imperando neles as paixões seculares em plena promiscuidade, sem apropriação exclusiva da mulher sob forma matrimonial, — grupos consanguíneos vivendo em comunidade conjugal. Vão-se em seguida produzindo, por sucessivas diferenciações e formando grupos respectivamente menores, a *tribo*, a *fratria*, a *gens* ou o *clan* e finalmente a *família*, sendo o instinto seccual, a procriação, o laço de sangue ou de parentesco o elemento activo impulsor da vida social e de tais diferenciações, e avendo até um período em que, na incerteza do pai pelo mistério da jeração e na certeza da mãe pelo facto natural do parto, a mulher se tornara o centro do laço social, retomando só mais tarde o omem a sua principal situação; depois da família consanguínea, através de restrições sucessivas nas uniões seccuais, excluindo do mútuo comércio seccual primeiramente os pais e os filhos e depois os irmãos, se chega por fim à família patriarcal e monogâmica. Da família individual, sob o império do pai, ou família patriarcal, se passa à sociedade política, pelo laço que mantém os que já se não reconhecem como parentes, mas que, sem embargo, abitam no mesmo território (1).

Vê-se que para êstes autores á uma primeira época em que a família (família comunista, grupo promiscuo) bastou ás ne-

(1) Em GIRAUD-TEULON também se nota a tendência para diferenciar radicalmente a sociedade consanguínea da política, reconhecendo-se uma época em que a conservação da espécie, a relação de sangue e a referência a um ascendente comum constituíam o fundo da lei suprema, social e religiosa imperante. A tribo, segundo este autor, é a unidade primordial, consistindo em uma reunião de indivíduos, de ascendência comum, com o mesmo *totem*, que reconhecem a comunidade de sangue entre todos e falam a mesma linguagem. Daqui, por diferenciação do sangue e desintegração se orijnam a *fratria* e nesta a *gens* ou o *clan* e finalmente a *família*. A sociedade política propriamente dita não começou senão quando essas instituições foram substituídas pelo direito das pessoas e pela divisão territorial. Vej. POSADA, cit. *Teorias*.

cessidades humanas. Um numeroso parentesco ofereceria então o equivalente de uma força política.

Em quanto que na teoria do patriarcado á a prioridade da família definida e concreta, dá-se na outra tendência a prioridade ao grupo promiscuo, passando-se dêste à família patriarcal através de várias fases. E-lhes todavia comum o fundamento do parentesco ou o laço de sangue como orijem das primitivas sociedades ou causa determinadora da vida social, e também lhes é comum a suposição da posterioridade das sociedades políticas às sociedades domésticas, mas provindo destas (1).

Por seu lado, LUBBOCK, aceita a determinação do parentesco pela filiação feminina, mas rejeita o predomínio social da mulher; e, partindo do estudo do selvajem moderno, chega também à concepção de uma organização rudimentar, em que a vida social assenta em um comunismo absoluto, em que as relações secsuais se dão ao princípio num rejime de completa promiscuidade, na qual não existe propriamente a família, mas em que, aja embora o laço de sangue, é o *poder material* que determina a contextura interior da sociedade. Pode falar-se da tribo como comunidade fundada no sangue, mas onde a criança é filha da tribo e a tribo a proprietária da mulher, e onde o *interêsse colectivo* determina o desenvolvimento de todas as instituições. O princípio impulsor da desintegração é a força, o poder brutal, e não a consagünidade. A violência do varão e a submissão forçada da mulher conduzem à família dentro da tribo pela captura e exogamia, ou pela compra ou indemnização à tribo (na endogamia) (2). Da tribo à família não se passa pelo princípio activo da consagünidade, mas sim por o do *poder material*.

Também STARCKE na investigação das oriens da sociedade política combate a teoria patriarcal do estado. Segundo êste

(1) Vej. D'AGUANO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, Torino (Fratelli Bocca), 1890, p. 255 e s., 264 e s. e 271 e s.; SPENCER, cit. *Princ. de sociologie*, t. II, p. 250 e s.

(2) Vej. POSADA, cit. *Teorias*, p. 37 e s.

autor, o *clan* deve considerar-se a primeira forma de organização social. O *clan* não se compõe de famílias mas sim de indivíduos, não surgiu da família, porque a exogamia impedia a família de se confundir com o *clan*; sem que com isto se queira negar que o *clan* pudesse em um ou outro caso ter por origem a família e provir de uma ampliação desta. O *clan* tem caracter de permanência, a família não. De *clans* se forma a *fratria*, destas a *tribo*, de tribos a *nação*. O caracter primitivo do *clan* e da tribo é serem agrupamentos para o fim de uma protecção recíproca, determinados por *interesses comuns*, tendo como razão de ser a luta pela existência (1).

De entre as considerações de LUBBOCK é digna de nota a indicação do *poder*, como elemento que na formação social sobreleva ao laço de sangue, o que faz supor desde os primeiros momentos sociais a existência do elemento material do estado (2).

Em LUBBOCK e em STARCKE sobressai o *interesse colectivo* ou *comum* como determinador da aproximação e associação dos homens.

Ainda SPENCER contesta que a sociedade aja procedido de um primitivo par e que a sua primeira constituição fôsse em patriarcado definido com funções políticas, baseando-se em que: — a) a teoria patriarcal contradiz, na evolução das sociedades, o princípio da passagem do incoerente e indeterminado ao coerente e determinado; b) ela erige em princípio universal a masculinidade e a tutela da mulher, e á exemplos repetidos de filiação feminina e da não universalidade de tal tutela; c) implica a idea de um chefe e de um governo pessoal, e á

(1) Estas considerações são applicaveis á família e á sociedade política modernas: o estado é composto de províncias, departamentos ou districtos, que se dividem ou subdividem em comunas ou concelhos ou paróquias; mas a comuna não tem em conta uma subdivisão em famílias; a família, autónoma perante a lei, independente em virtude do seu direito de propriedade, não é elemento constitutivo do estado. Vej. STARCKE, obr. cit., p. 266 e s.

(2) Vej. GUIMARÃES PEDROSA, *Introducção ao estudo do direito privado internacional*, Coimbra, 1878, p. 68, n.º 17.

nas primitivas sociedades humanas exemplos de sociedades sem chefe, de governos por assembleas; d) supõe a idea da propriedade absolutamente comunal, e a propriedade individual é um facto primitivo (1).

Da exposição e critica das theorias anteriormente enunciadas deriva ADOLFO POSADA conclusões, que resumidamente passamos a expor.

Não é a familia que origina a sociedade; sociedade e familia são coetâneas, embora ao principio confundidas e indeterminadas, como confusas e indeterminadas se produziã e satisfaziã as necessidades essenciaes da conservação da vida, da reprodução da espécie e da vida de relação. O laço de sangue ou o parentesco não podia ser a unica expressão da vida social; esta pressupõe uma necessidade simultaneamente sentida por vários omens, e sempre ouve mais necessidades do que as do instinto secsual.

Nas sociedades rudimentares, ao lado de um movimento de renovação constante de uniões, á um elemento de permanência. Os individuos, que se unem pela opposição dos secsos, formando pares familiares, não surjiram do isolamento, mas sim fazem parte de outras uniões mais amplas, preexistentes. É preciso pois ver na *tribo*, na *fratria*, no *clan* (já posteriores á orda, simples grupo atomístico) a expressão social da estabilidade de uma sociedade, a qual permanece de jeração em jeração, diversamente do que sucede na familia, que se dissolve ou extingue com a jeração.

Com o facto necessário e primitivo da união secsual é preciso pois combinar o da *convivência*, a vida de relação, determinada pelo prazer, pela simpatia, pela necessidade ou conveniência comum de defesa ou de ataque, o que pede a cooperação universal, de omem a omem, e não sómente de varão a mulher ou de pai a filho.

(1) SPENCER, cit. *Principes de sociologie*, t. II, p. 319 e s.

Compreende-se assim qual deva ser a solução do problema da origem do estado, ou antes das sociedades políticas.

As duas ideias — de consangüinidade e de convivência — são o fundamento das sociedades domésticas e das sociedades políticas: a consangüinidade produz a família, com a superioridade dos progenitores ou dos que como tais se consideram; a convivência dos indivíduos, não unidos como parentes, impõe a superioridade das capacidades, derivada da diversidade de aptidões, e produz as diferentes sociedades políticas com seus estados.

A sociedade política pode pois considerar-se *primitiva* por corresponder a uma necessidade essencial e permanente da vida humana, qual é a da vida em comum em um lugar dado (variável ou fixo), mantida por um laço *realmente* distinto do de sangue, embora se confunda ao princípio com a doméstica, avendo uma larga época em que *formalmente* se não distinguem e em que se explicam uma pela outra (1).

Seguimos neste curso de ideias. Não é indiferente para a melhor solução do problema da origem da sociedade e do estado examinar a questão da prioridade do tipo patriarcal ou do tipo comunista na evolução da humanidade e procurar descobrir a natureza provável do laço social que fundamenta as manifestações de ordem política nas sociedades primitivas (2).

A *convivência* é, desde sempre, o facto irreductível no viver da humanidade; variados são todavia os factores que determinam a humana convivência, porque variadas são também as necessidades, as tendências e as aspirações do homem.

Como de todo o ser vivo, a necessidade primeira do homem,

(1) Vej. POSADA, cit. *Teorias*, p. 53 e s.

(2) É-nos impossível, como diz STARCKE (obr. cit., p. 6 e 7), no domínio da observação directa, afirmar a existência de uma comunidade humana única. Encontramo-nos desde a origem em presença de uma multiplicidade de grupos sociais, e a unidade que buscamos não deve encontrar-se senão nos confins indecisos que separam o homem do animal... A existência de uma primeira sociedade humana é *tam hipotética como a existência de um primeiro homem*: desde que se conhecem os homens, eles se encontram divididos em grupos, e a semelhança das origens é, pelo menos, duvidosa.

necessidade oriijinária, imprescindível, de todos os tempos e em toda a vida, é a da própria conservação, a da subsistência e defesa, da alimentação e integridade individual. A necessidade da continuação do ser ou propagação da espécie, o instinto secsual, acusa na sua manifestação um já largo desenvolvimento fisiológico, e tem uma duração limitada ou transitória na vida do indivíduo, desaparecendo sem que êste se extinga.

A imperiosidade daquela primeira necessidade da própria conservação, o reconhecimento da ineficácia do esforço próprio isolado e o consequente desejo do aussílio alheio, a par da natural tendência de um ser para o ser semelhante, levam os omens à convivência para a luta em comum contra as fôrças da natureza, quer na aquisição dos meios de vida, quer na defesa do próprio ser. Assim se cria a vida de relação; assim se oriijina a sociedade; assim nascem os laços de solidariedade social.

Não é portanto a família, ou antes a primitiva união secsual, que oriijina a sociedade; é talvez nesta que a família nasce, despertada pela opposição e instinto secsuais. As primeiras uniões secsuais terão sido rudes, violentas mesmo, e inconsistentes ou passageiras. O character de persistência, que mais tarde adquire a família, «representa já o resultado de um esforço da inteliijência umana no sentimento de uma necessidade social» (1).

Na primitiva convivência o omem é abranjido de um modo incoerente e confuso na totalidade das suas manifestações, não podendo na vida primitiva dar-se a especificação interior das funções umanas (2). Com o tempo, a uma maior acção da vida social corresponde o progressivo desenvolvimento da na-

(1) GUIMARÃES PEDROSA, obr. cit., p. 70, n. 5.

(2) Subindo às oriijens, não podemos, no dizer de STARCKE (obr. cit., p. 9), separar as diferentes instituições sociais umas das outras, porque a sua diferenciação não se produziu senão lentamente, e os traços característicos, que oje distinguem a família do estado, não tem valor, se os applicamos a uma sociedade primitiva.

tureza umana em necessidades e fôrças, e a especificação dos actos humanos vai-se gradualmente operando.

Não é assim difficil de ver como o mais vigoroso poder de uma fôrça invada e absorva, ou inspire e dirija a acção de outras manifestações das faculdades humanas, pois que só por um demorado e imperfeito processo de diferenciação e de desintegração, na frase de SPENCER, se vão criando dentro do todo social jeral instituições correspondentes às novas aspirações e ideas, às novas necessidades e energias sociais e individuais.

Surjindo do impulso do omem e para suprimimento da deficiência individual, a sociedade é um meio (1). Sempre portanto que o esforço individual ou o esforço de alguns cooperando juntamente possa conseguir a satisfação de qualquer legítima necessidade individual ou social, indispensável se torna garantir a acção normal dêsse esforço. Assim, a dentro do todo social jeral se vão formando associações ou sociedades menores tendentes à realização dos factos parciais de ordem económica, familiar, artistica, relijiosa, moral, cientifica, e mesmo política, sociedades cujo funcionamento e desenvolvimento deve ser garantido pelo todo social jeral. Por um necso conjuntivo e difusivo se prendem todas estas manifestações de vida individual e social entre si e ao todo social jeral, comutando recíprocos elementos de vitalidade.

Todas essas sociedades, sem distinção de domésticas ou políticas, subsistem em virtude da garantia que lhes fornece o todo social jeral a que pertencem, e são fôrças componentes dêsse mesmo todo. Qualquer delas, a própria família, tem a constituição que o todo social autoriza ou legitima.

Bastam estas linhas para indicar a nossa orientação na solução a dar ao problema das orijens sociais e designadamente da orijem das sociedades políticas.

(1) Referindo a doutrina de KRAUSE, diz DARIMON (*Exposition méthodique des principes de l'organisation sociale — Théorie de Krause* —, Paris (l'ranck), 1848, p. 132) que a sociedade existe para o omem, que nêla deve achar os meios de preencher o seu destino, e por isso ela se deve formar sôbre o modelo da natureza umana.

5. — As relações sociais, o direito, o poder político e o estado.

Comquanto o homem seja um ser social e aja sempre feito parte de um grupo humano, elle é também um ser individual; podendo dizer-se que em todo o tempo o homem teve a consciência mais ou menos confusa da sua individualidade e da sua sociabilidade, pelo sentimento das suas próprias necessidades e tendências e pela compreensão da impossibilidade de as satisfazer ou realizar sem a cooperação dos seus semelhantes, sem a vida em comum, sem as relações sociais.

As relações sociais são destinadas à satisfação das necessidades humanas. Mas primitivamente a convivência humana teria um caracter como que atomístico e por certo inconsistente, emquanto as relações entre os homens fôsem simplesmente determinadas pela satisfação das exclusivas necessidades individuais; este estímulo egoísta levaria cada homem a procurar conseguir para si a maior soma de vantagens, utilizando como próprio o esforço alheio, com desprezo do recíproco interesse dos seus semelhantes, e converter-se-ia de força de coesão em elemento dissolvente da própria sociedade, se não fôsse refreado. Por outro lado, também a relação social, originada no facto da convivência, não poderia subsistir, se, pretendendo os individuos opor-se ao desenvolvimento armónico da mesma relação, não ouvesse uma força que mantivesse a harmonia.

A necessidade da coexistência social patenteia-se ao grupo; a consciência da solidariedade social desperta nos individuos um sentimento restrictivo da sua liberdade natural, sentimento conducente à possibilidade dessa coexistência, e leva à prática de *âbitos*, que de tradicionais se convertem em *costumes*(1). Essa mesma solidariedade, sentida a necessidade de manter

(1) Os costumes são o jermé remoto das regras jurídicas e das leis. Vej. PEDRO DORADO, cit. artigo, na *Rev. du droit public*, t. XII, 1899, p. 5 e s.; LUBBOCK, obr. cit., p. 438 e 439; D'AGUANO. obr. cit., p. 93 e s.

a coexistência social, conduz, por uma formação não menos necessária do que as próprias relações sociais, a um ordenamento obrigatório, em que aqueles costumes determinam *regras* ou *normas*, que actuam sobre essas relações no sentido de as regular.

As normas, que acompanham as relações sociais, criando faculdades e obrigações correlativas nos indivíduos, constituem o *direito*. Se pois a convivência umana produz a sociedade, e se a coexistência dos omens em sociedade ou as relações resultantes dessa convivência não poderiam subsistir sem normas reguladoras ou *direito*, êste tem por função a adaptação dos omens ao ambiente social, compõe-se das regras que resultam da acção e reacção dos omens, tais como êles são em um dado momento histórico, e assim acompanha na sua formação e desenvolvimento a formação e desenvolvimento das sociedades humanas (1). «O espírito do povo e o espírito da época, diz VON IHERING (2), são o espírito do direito.»

Aquelas normas constituem o *direito objectivo*, impondo-se aos indivíduos em sociedade num momento dado, como a garantia do interesse comum, e determinando a sua violação uma reacção colectiva contra o autor dessa violação. Delas

(1) O homem isolado por natureza não teria direitos, porque o direito corresponde a uma relação entre omens. O direito compreende as duas ideias de — acção e submissão —, aquela caracterizando o chamado sujeito ou titular do direito, esta affectando os denominados sujeitos da obrigação, aos quais a sociedade impôs a submissão aqúele direito. Se a sociedade-estado modificar qualquer disposição da lei positiva, não pode opor-se-lhe o individuo; o confronto das legislações civis, que mais prendem com os direitos particulares, a essa conclusão conduz: basta referir a testamentificação e a successão legítimária. O direito à própria integridade seria o direito primacial do homem; e todavia o estado pode tirar a vida ao individuo, não já em uma luta de forças físicas, mas por determinações de ordem jurídica. Todavia, se dos omens surge a sociedade e ela é meio necessário ao desenvolvimento e bem-estar dêles, o direito deverá inspirar-se em a natureza umana e a solidariedade social.

Não iremos aqui ventilar a construção individualista ou socialista do direito e a sua passagem de social a individual ou vice-versa. Vej. HAURIU, *Philosophie du droit et science sociale*, na cit. *Rev. du droit public*, t. XII, 1899, p. 462; L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris (Albert Fontemoing), 1901, cap. 1.º e 2.º; *Droit constitutionnel*, Paris (A. Fontemoing), 1907, n.ºs 3 a 5.

(2) *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tr. de O. MEULENAERE, t. I, p. 45.

deriva para o indivíduo, como *direito subjectivo*, o poder de praticar actos conforme a sua vontade, quando o motivo que os determina constitui um fim que o direito reconhece como legítimo.

Mas a simples norma não passaria em grande parte de uma aspiração, se não fôsse revestida de força coercitiva capaz de constringer os indivíduos à sua observância; só assim ficará superiormente tutelada e assegurada a persistência da sociedade como entidade colectiva.

Ora, deve ter-se por certo que na origem das sociedades, quando os omens se reúnem em grupo para a luta contra animais ferozes ou para a guerra contra outros grupos humanos, alguém no grupo dirige ou vem a dirigir a acção comum, desenvolvendo então uma função de mando ou de autoridade, seja esta autoridade embora temporária, ou termine desde que finda o ataque; mas a permanência do estado de guerra importa a permanência de uma direcção no grupo. O estado de guerra demanda uma certa disciplina, porque as forças individuais devem conjugar-se em uma determinada direcção (1). É verosímil que o indivíduo mais forte ou corajoso, mais inteligente, ábil ou sagaz tenha exercido um certo ascendente sobre os companheiros, os quais se terão feito guiar e dirigir por êle na caça ou aquisição dos meios de subsistência e na guerra ou defesa da integridade do grupo (2). Esta acção combinada para o ataque ou para a defesa é o ponto de partida da co-operação social, e a luta pela existência entre as sociedades o motor do seu desenvolvimento (3).

Como diz HAURIOU, o governo do omem pelo omem é um facto social fundamental; desde que dois omens operem de concôrto, pode-se afirmar que um dêles dirige o outro; se é

(1) Isto mesmo se dá nas espécies animais superiores. Vej. ESPINAS, obr. cit., p. 495 e s.

(2) VACCARO, obr. cit., p. 180. É o que também succede com os selvagens modernos. Vej. SPENCER, cit. *Principes de sociologie*, t. III, 1883, p. 448 e s.

(3) SPENCER, cit. *Princ. de sociol.*, t. III, p. 327 e 328.

um grupo de omens que se entregam a uma acção comum, pode-se afirmar que á um ou alguns que dirigem os demais. A cooperação dá-se pois sob a forma de subordinação de vontades (dirijidas) a vontades (dirijentes), e não sob a forma de união de vontades iguais entre si(1). Assim apparecem os governantes e os governados numa correlação de fortes e de fracos ou de vencedores e vencidos na luta pela vida.

Aquele poder de direcção é o jerme do *poder politico*, que dêste modo se manifesta como um facto natural(2); como natural também se antolha que aquele mesmo chefe ou maior, nas discórdias entre membros do grupo, que não pudessem ser resolvidas pelos próprios elementos dissidentes, intervisse como elemento de autoridade para as resolver, quer de harmonia com os ábitos ou costumes observados, quer segundo o seu arbitrio, e fazendo cumprir as suas resoluções.

Pela acção concorrente das normas, que rejem as relações sociais, e do poder de direcção, que torna essas regras efectivas, a sociedade converte-se em *estado*, e assim êste surge, embora ainda como um organismo rudimentar.

É portanto o estado, no seu aspecto orijinário e primordial, a constituição juridico-política da sociedade, ou a sociedade politica e juridicamente organizada(3).

No governo dos fracos pelos fortes passa-se do aspecto brutal ao aspecto juridico-político pela idea de estado, em que a classe dos governantes já não usa do poder como próprio, mas sim o exerce em nome do estado, representando o interêsse jeral do grupo. O desenvolvimento da idea de estado, se não suprime a distincção de governantes e governa-

(1) HAURIU, obr. cit., p. 7.

(2) Sôbre a orijem e função primitiva do poder politico vej. VACCARO, obr. cit., p. 179 e s.; GUIMARÃES PEDROSA obr. cit., p. 69.

(3) Uma sociedade desprovida de organização politica, diz TURGEON, considerando todavia a sociedade como um facto anterior ao estado, não é senão um agregado instintivo, vago, móbil, confuso, muito semelhante a uma fermentação da natureza, faltando-lhe independência e unidade (*Une définition de l'État et de sa souveraineté*, na cit. *Rev. du droit. public*, t. XI, 1899, p. 72).

dos na correlação de fortes e fracos, porque averá sempre entre os omens desigualdades físicas, intellectuais e morais, torna a acção dos governantes cada vez mais conforme à superior coordenação dos interêsses jerais e individuais (1).

«Direito e estado são termos que reciprocamente se integram. O estado deriva a sua jénese lójica do direito, do qual é a expressão mais elevada; o direito não poderia existir sem o estado, o qual lhe confere a fôrça exterior, sendo esta um elemento inseparável da idea do direito» (2), e nós diremos, da sua eficácia.

Do que fica dito deriva que a instituição umana—o estado—, pelo que respeita à sua orijem, deve considerar-se um facto natural e necessário, e não um mero acto livre das vontades individuais, visto que a convivência umana, fenómeno que determina necessariamente o estado, é igualmente um fenómeno natural e necessário, que deriva de um impulso irresistivel da natureza umana,—a sociabilidade (3). Não queremos dizer que na realização concreta do estado não intervenha a vontade umana, pois que o estado assim como a família são, diz ARTOM, referido por SAILER, a obra combinada da natureza e do omem; mas essa intervenção é apenas a de um elemento que se manifesta na formação do estado, pois que a vontade dos omens, considerado cada um de per si, jámais lhe deu vida ou o constituiu (4). Dêste modo nos afastamos das escolas que assentam a orijem do estado na manifestação da vontade umana pelo assentimento comum, contrato ou pacto social, tal como esta doutrina era recebida nos séculos xvii e xviii, e como ainda a aceitam escritores dos fins do século xix, por exemplo, HAURIOU (5).

(1) Vej. HAURIOU, obr. cit., p. 7.

(2) ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, t. I, p. 13.

(3) Falamos da instituição — o estado — e não de um estado determinado; tratamos da sua manifestação orijinária e não das formas istóricas da sua constituição.

(4) SAILER, obr. cit., n.º 2.

(5) HAURIOU, cit. *Précis*, 2.^a ed., p. 5, diz que o estado supõe na sua base um pacto social

SECÇÃO II

Aplicação do critério orgânico às sociedades

6. — Aparecimento da moderna teoria orgânica.

Foi principalmente acêrca da natureza e estrutura do estado que a discussão do critério orgânico assumiu superior importância; daí fácil é de ver como ela se jeneralizaria, envolvendo qualquer forma social.

Não desenvolveremos as teorias apresentadas para resolver o problema da natureza do estado; é isso objecto do direito político (1); apenas nos limitaremos a resumidamente falar da moderna teoria orgânica, por especialmente interessar ao nosso estudo (2).

Sob a influência da teoria do contrato social, dominante na filosofia dos séculos xvii e xviii, e como arma a favor da liberdade e da soberania do povo, destruiu a revolução francesa o velho rejime, dando origem à sociedade moderna (3).

mais ou menos voluntário, um contrato, ou pelo menos um quasi-contrato. Vej. ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, t. I, p. 11, n.º 7; E. NYS, sob o titulo *L'État et la notion de l'État: Aperçu historique*, na *Rev. de droit international et de législation comparée*, n.ºs 4, 5 e 6 de 1901, trabalho em que se percorrem os diversos períodos da evolução do estado desde a antiguidade até a forma do estado moderno; DUGUIT, cit. *Dr. constit.*, p. 20 e s.

(1) Sobre as teorias suscitadas para explicar a natureza do estado, vej. dr. MARNOCO e Souza, *Lições de direito político*, Coimbra, 1900, p. 5 e s.

(2) Por denominarmos moderna a teoria orgânica, não quer isto dizer que só nos últimos tempos se encontrem comparações entre o modo de ser das sociedades e o organismo humano. Já na antiguidade grega PLATÃO (*República*, liv. 5.º) e ARISTOTELES (*Política*, tr. de D. Patricio Azcárate, p. 20) estabeleceram comparações dêsse character; vê-se na *Bíblia* que semelhante fez S. PAULO (*Epistola aos romanos*, cap. xii, vers. 4 e 5; *Primeira epistola aos corinthios*, cap. xii); nas monarquias da idade média falava-se dos braços do reino com referência ao clero, nobreza e povo. Mas tais comparações correspondiam ao aspecto da antiga sociedade, ao rejime de castas, de classes, de corporações e não tinham o character científico, que a moderna teoria orgânica procurou imprimir-lhes.

(3) A teoria do contrato social supõe a existência de um *estado de natureza* em que os omens viveram (estado de felicidade, segundo uns; estado de luta, segundo outros) e do qual saíram *voluntariamente* (por instinto, reflexão, ou egoismo), para constituírem a sociedade sobre bases escolhidas de comum acôrdo.

Actuou esta teoria na mente dos juristas e dos filósofos. GROTIUS fundava naquela hipótese a

Como reacção à doutrina do pacto social, doutrina de atomismo individualista, segundo a qual a sociedade é mera soma de indivíduos, aparece no século XIX a aplicação do *princípio orgânico* às sociedades (1).

escola do direito natural, considerando-o como anterior e superior ao direito positivo. Ao mesmo tempo HOBBS, servindo-se de semelhante teoria, entendia que os homens passavam do estado natural, que era o da guerra entre eles, ao pacto, segundo o qual, para viverem em paz, cediam de todos os direitos em favor de um só homem ou de uma assembleia; e assim conduzia ao pleno absolutismo. LOCKE, fazendo derivar o estado de um contrato social, diz que os homens cedem apenas o direito de castigar. Também KANT, o filósofo do racionalismo subjectivo, aceita a ideia do contrato primitivo para a formação do estado. Foi porém com ROUSSEAU que a teoria do contrato social adquiriu um maior predomínio. É certo que ROUSSEAU também considera a sociedade como um organismo, mas este não é obra da natureza e a comparação é meramente artificial. Vej. ACHILLE MESTRE, *La notion de personnalité morale chez Rousseau*, na *Rev. du droit public*, t. XVIII, 1902, p. 447 e s.

(1) Devem ver-se as origens remotas da teoria orgânica na escola histórica, fundada por BURKE, HUGO e SAVIGNY, a qual afirmava a lei da continuidade da vida nacional, despertando o pensamento da analogia da vida dos povos com a dos organismos biológicos, e na doutrina de HEGEL, que propugnava o princípio da unidade em todo o organismo. São principais fautores da mesma teoria FICHTE, o mais elevado representante do liberalismo abstracto, SCHELLING e KRAUSE no campo da metafísica, conciliando a variedade com a unidade e o mundo do espirito com o da natureza, e COMTE, DARWIN e HÄCKEL, pela influência poderosa do naturalismo nas ciências sociais. Vej. SANTAMARIA DE PAREDES, cit. *El concepto*, p. 9 e 69.

Para KRAUSE a relação entre a liberdade e a igualdade produz a associação; a relação entre a individualidade e a comunidade, entre a variedade e a unidade constitui a *armonia* ou *organismo*; a sociedade é pois, como associação geral de todas as associações particulares, fundadas na natureza humana, uma harmonia viva, um *organismo análogo* ao organismo do corpo humano, no qual todas as funções vitais se sustentam, se encadeiam e se equilibram reciprocamente a fim de concorrerem para a unidade do destino humano (DARIMON, obr. cit., p. 136). Vej. SANTAMARIA DE PAREDES, *El concepto* cit., p. 79.

COMTE, que criou o termo — sociologia — e fundou esta ciência como ciência do organismo social, admitiu a *semelhança* entre o organismo social e o individual e expôs a hipótese da evolução para explicar a origem do mundo e das espécies. DARWIN e HÄCKEL desenvolveram a teoria evolucionista.

A influência do naturalismo actuou por formas variadas nos estudos sociológicos, e se alguns escritores seguem, como COMTE, a doutrina da *semelhança* entre os organismos sociais e os biológicos, outros, como LETOURNEAU, aceitam a *analogia* entre esses organismos, e alguns, como SPENCER, sustentam a sua *identidade*, chegando-se em alguns trabalhos de sociologia a verdadeiros exageros. Vej. dr. E. GARCIA, *Apontamentos de algumas prelecções de sciencia politica e direito politico*, colligidos por P. A. CAMELLO e ABEL D'ANDRADE, Coimbra, 1893, p. 5 a 19. O abuso da linguagem naturalista chegou a tal ponto, que GUMPLOWICKZ severamente o critica (*Derecho politico filosofico*, trad. de PEDRO DORADO, p. 579 e 581, referido por SANTAMARIA DE PAREDES, cit. *El concepto*, p. 13), e LOTZE (citado por GINER DE LOS RIOS, *Teoria de la persona social*, publicada na *Revista de legislacion y jurisprudencia*, 1890, igualmente referido por SANTAMARIA DE PAREDES) e VAN KRIEKEN (*Della cosiddetta teoria organica dello stato*, tr. de CAMILLO ARTOM, na cit. *Biblioteca di sc. polit. e ammin.*, vol. 7.º, 1892, p. 1339 e s., Pref. do tradutor) chegam a propôr que se proscrisse o uso dos termos *orgânico* e *organismo*.

Muito se abusou porém da aplicação do princípio orgânico, e os exageros deviam suscitar uma natural opposição. Assim começaram de apparecer escritores que atacaram a teoria orgânica, negando ao estado e à sociedade o character de organismos.

Notando entretanto que a escola alemã primeiramente e depois a italiana, que são as que no último quartel do século XIX maior impulso e melhor elaboração científica deram aos estudos administrativos, devem à aplicação do critério orgânico uma parte muito consideravel dessa elaboração, e sendo notável o progresso, que sôbre a base do critério orgânico tem feito as ciências sociais, convém indagar se alguma cousa á de aceitável no fundo de tal teoria, ou se deverá renunciar-se ao conceito de *organismo* na sua applicação às ideas de estado e de sociedade.

7. — Intelijência dos termos «órgão» e «organismo».

Da palavra grega ὄργανον, que significa *instrumento*, deriva o termo *órgão*, correspondendo assim, numa acepção mecânica, ao objecto material que serve para fazer alguma cousa. Neste sentido se applicava o termo antigamente aos utensílios do trabalho.

Da acepção mecânica foi fácil passar à acepção biolójica: o órgão ou instrumento usado pelo artífice começou de ser visto como um prolongamento da sua própria mão, e esta passou a ser considerada como o instrumento ou órgão do próprio corpo, fazendo parte dêste e servindo-o para a vida do todo na função que desempenha. Fácil foi ainda o jeneralizar: na diversificação de funções, em que se desdobra a acção vital ou a total actividade do corpo, chamaram-se órgãos as partes do mesmo corpo, que participam da sua vida e realizam essas funções, servindo-o e representando-o.

Órgão é pois, como diz SANTAMARIA DE PAREDES (1), uma

(1) Cit. *El concepto*, p. 24.

parte de um todo vivo, ao qual representa, servindo-lhe de instrumento ou meio no exercício de alguma ou algumas de suas funções.

Determinado o conceito de órgão, é fácil formular o de *organismo*.

No sentido literal a palavra *organismo*, derivada do grego ὁργανισμός, corresponde ao conjunto de órgãos ou arranjo de instrumentos de uma ou outra espécie.

Mas actualmente aquela palavra deixou de ser aplicada nesse sentido mecânico. Concorrendo os órgãos de um corpo para a vida dêste todo, a cada órgão se liga a idea de relação com os demais, devendo todos estar ordenados de um modo determinado, ou formando uma ordem sistemática, e subordinados a um fim comum: isto nos dá a idea de *organismo*, o qual resumidamente se pode definir — o sistema de órgãos de um todo vivo (1).

Na linguagem corrente, diz COMBOTHÉCRA (2), entende-se por organismo um ser vivo composto de órgãos, cada um dos quais é dotado de uma capacidade, que é posta ao serviço do todo, sendo neste sentido o organismo uma criação da natureza, sem intervenção de uma vontade qualquer, — é o organismo vivo, natural e espontâneo; mas diz que também se admite um organismo instintivo ou consciente, ser animado múltiplo, resultante de uma união mais ou menos formal dos membros que o compõem; e que finalmente se emprega a palavra por simples analogia sem se ligar importância ao sentido real.

(1) Mas, nota SANTAMARIA DE PAREDES, nem toda a *ordem sistemática* é *orgânica*, não devendo confundir-se *organismo* com *sistema*; o organismo supõe órgãos e o órgão supõe actividade funcional, vital.

(2) *L'État en tant qu'organisme*, na *Revue du droit public*, t. V, 1896, p. 279.

8. — O estado e a sociedade, quanto à aplicação do critério orgânico.

Será o conceito de organismo simplesmente aplicável ao indivíduo, ou também às sociedades, às entidades morais? Corresponderá exclusivamente a uma realidade material, ou ainda a uma abstracção da razão?

Não exporemos aqui desenvolvidamente este assunto, distinguindo e estudando separadamente as diversas tendências da teoria orgânica (1). Diremos que todas elas se podem reduzir a duas grandes direcções: — a que vê na sociedade um organismo biológico e a que a considera como um organismo psicológico ou ético.

Apesar dos nomes autorizados em ciência que a propugnam, consideramos a doutrina biológica do estado-organismo ou da sociedade-organismo como uma pura hipótese, sem base científica. O estado não é um organismo espontâneo, como uma planta, um animal, ou um indivíduo humano.

Escreve COMBOTHÉCRA (2) que pode aver estados provindos de um acôrdo, e jamais se viu que uma planta ou um animal proviesse do acôrdo das suas partes constitutivas; nos organismos espontâneos superiores as células componentes não teem simultaneamente com a vida do todo uma existência à parte, como sucede com os individuos que formam o estado; o corpo do organismo espontâneo é de substância delimitada e continua, ao passo que o estado é um composto moveição e inapreensível; o organismo espontâneo necessariamente nasce, desenvolve-se e morre, e o estado pode começar a sua exis-

(1) SANTAMARIA DE PAREDES (*El concepto* cit., p. 89 e s., 99 e s.) considera o conceito de organismo na ciência política e na sociologia, distinguindo ainda naquela as tendências psicológica, naturalista e antropológica. O sr. dr. MARNOCO E SOUSA (obr. cit., p. 19 a 32) distingue e estuda na teoria orgânica as tendências física, biológica, psicológica, antropológica e sociológica, e nesta ainda nota as escolas omológico-orgânica, analógico-orgânica e super-orgânica, sendo nesta última os fenómenos sociais explicados segundo uns pelo contratualismo, segundo outros pelo cosmopolitismo e segundo outros pelo historicismo.

(2) Log. cit.

tência de um modo não rudimentar e o seu desaparecimento não é inevitável.

LAVELEYE (1) acrescenta que uma pessoa tem vontade e iniciativa próprias, não as tendo as partes que a compõem, emquanto que a sociedade, como tal, não tem vontade, e os indivíduos que a formam tem vontade própria; que no organismo real cada célula está ligada à sua função e segue forçadamente os movimentos do todo, o que se não dá na sociedade, na qual cada omem opera a seu modo.

Semelhantemente diz MENDER (2) que nos organismos simples a vontade está no todo, e na pessoa colectiva a vontade não está no todo, mas em uma ou algumas pessoas físicas; assim, emquanto que na pessoa física é a pessoa e não o órgão que quer ou opera, na pessoa colectiva é o órgão que tem a vontade e a intelligência.

Por seu lado H. PINEAU, médico e jurista, apreciando (3) a obra *Organisme et société*, de RENÉ WORMS, entende que, por o organismo ser um todo vivo dotado de partes vivas, não se segue que a sociedade seja um organismo: neste o crescimento provém da assimilação de matérias inorgánicas e orgánicas, mas não vivas, e a sua morte importa a morte das células que o compõem, como a morte da maior parte das células (e às vezes mesmo de uma parte diminuta) arrasta a morte do conjunto; ao passo que na sociedade o seu crescimento provém da assimilação de organismos dotados de vida, pode ela morrer sem que isso importe a morte das partes que a compõem, e estas podem desaparecer em grande numero, permanecendo viva a sociedade. E também o crescimento segue diverso processo: no individuo é endojénico, produzido pela divisão das células primitivas; na sociedade é exojénico,

(1) *Le gouvernement dans la démocratie*, Paris (Felix Alcan), t. I, liv. 1.^o, cap. 9, sob a epigrafe: *La société n'est pas un organisme*, p. 25 a 27.

(2) ANTON MENDER, *L'État socialiste*, tr. de EDGARD MILHAUD, Paris, 1904, p. 41.

(3) Na *Rev. du droit public*, t. VIII, 1897, p. 540 e s.

as novas células intercalam-se entre as já existentes e até podem vir de sociedades estranhas.

DI BERNARDO entende (1), no que segue na esteira de VAN KRIEKEN (2), que, se o estado fôsse um organismo, não se justificaria a competência do poder judiciário nas causas em que o estado pleiteia, pois que o todo não podia sujeitar-se a uma das suas partes (3).

Emfim, ainda COMBOTHÉCRA afirma que o estado não é uma unidade diferente da soma dos indivíduos que o compõem. Para o ser, deveriam achar-se na sua composição outros elementos além dos que o constituíram; e se outros elementos desconhecidos aparecem, êles não podem deixar de emanar da essência dos indivíduos que o constituem, e o todo será sempre a soma dos elementos, conhecidos e desconhecidos. Para ser aceitável a teoria orgânica, seria necessário mostrar que as unidades constitutivas da unidade estática desapareciam na fusão, depois de terem operado a composição do todo; mas, pelo contrário, os teóricos do sistema admitem a coexistência da comunidade independente e das unidades, que a compõem, dotadas de uma certa essência inalterável. A vontade jeral emana dos indivíduos, pois não se compreende que de outros elementos derive: será portanto o composto ou o múltiplo dum certo número de vontades, diferentes ou semelhantes, e assim ela tem por elementos exactamente elementos iguais às vontades individuais; a vontade do indivíduo, tenha ela um fim individual ou social, é sempre vontade individual (4).

(1) *La pubblica amministrazione e la sociologia*, Torino (Fratelli Bocca), t. I, 1888, p. 198.

(2) Vej. o cit. artigo de COMBOTHÉCRA, na *Rev. du droit public.*, t. V, p. 287 a 288.

(3) Neste argumento, diz o sr. dr. MARNOCO E SOUSA (obr. cit., p. 36), confunde-se o estado com o poder executivo; êste só tem a independência relativa à sua função. O sr. dr. MARNOCO segue a escola superorgânica, aceitando que os estados se desenvolvem como os seres vivos em uma adaptação contínua das relações internas às relações externas e que estão sujeitos à morte.

(4) Combatendo o critério orgânico, podem ainda ver-se: LEROY-BEAULIEU, *L'État moderne et ses fonctions*, artigo publicado na *Revue des deux mondes*, agosto de 1888, p. 961 e s., e o seu livro com o mesmo título, publicado em 1890, onde o mesmo autor mais largamente tratou o assunto, no cap. IV, sob a rubrica — *Les fausses comparaisons physiologiques*; De VAREILLES-

Mas não sofre dúvida que o estado e a sociedade existem.

Se olharmos para o estado e para os indivíduos que o compõem, atentaremos em que, sem que cada um desses indivíduos deixe de ser um organismo existente em si e de ter a sua vida peculiar, o que não quer dizer que possa viver fora de um estado qualquer, todavia através do tempo o estado afirma-se como uma individualidade inconfundível, distinta de qualquer daqueles indivíduos ou mesmo da soma de todos êles. O estado pois, embora, como qualquer sociedade, nos appareça sempre um agregado de indivíduos, não é um facto quantitativo, mas qualitativo. A individualidade do estado representa a vida d'êste todo, o qual é composto de partes também vivas, os indivíduos.

Vimos que a effectuação real do direito era, nos variados aspectos por que se tem manifestado o estado e não obstante a diversidade de opiniões sobre a sua natureza, a missão fundamental do mesmo estado, embora além d'êste outros fins se lhe atribuam. Ora para a realização do direito é necessário que o estado exerça a sua actividade, desdobrando-a, sob um princípio jeral de coordenação, em funções distintas, as quais são: — a declaração da norma jurídica ou lei; o seu cumprimento, segundo as circunstâncias de tempo e de lugar, e o restabelecimento da ordem jurídica, quando esta aja sido desconhecida ou perturbada —, ou funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Pode a razão conceber abstractamente um pequeno estado com um muito deminuto grupo de indivíduos, em que todos êstes reunidos desempenhem cumulativamente aquelas funções; mas também a razão comprehende, e os factos o affirmam, que no estado moderno tais funções, não podendo ser exercidas

SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris (Guillaumin et C.^o), 1889, cap. xxv, p. 169 e s. Á escritores que, rejeitando a applicação do critério orgânico ao estado, admitem todavia a personalidade d'êste, como são VAN KRIEKEN, obr. cit., parte II, cap. 2.^o, p. 1433 e s.; GIORGIO GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, 2.^a ed., Firenze, 1889 a 1902, t. I, p. 42 e s.; LEROY-BEAULIEU, artigo cit.; COMBOTHÉCRA; etc.

por toda a sua população conjunta, algum ou alguns dos seus membros as desempenhem numa relação que corresponde a todo o estado. A função, que é de todo o estado, só é exercida por algum ou alguns de seus membros, os quais assim, sob um aspecto geral unitário, o representam. E se, como se disse, órgão é a parte viva de um todo vivo, o qual ela representa e serve no exercício das suas funções, analogicamente se pode denominar *órgão do estado* aquele indivíduo ou grupo de indivíduos que exercem qualquer das funções do mesmo estado.

Por outro lado, se nos primeiros estados um só órgão pode concentrar em si o desempenho de todas essas funções, como, por exemplo, na forma patriarcal, em que o chefe de família legisla, executa e julga, outro tanto se torna impossível no ulterior desenvolvimento do estado, em que o número e complexidade das funções aumenta com as necessidades da civilização, tornando-se assim necessário distribuir por órgãos diversos as funções diferenciadas do mesmo estado. E se estes diferentes órgãos formam um conjunto coordenado em relação ao fim comum, se organismo é o sistema de órgãos de um todo vivo, também se pode chamar *organismo* ao estado, visto que os seus órgãos estão ou devem estar sistematicamente ordenados, formando um conjunto representativo da unidade viva, o estado.

Assim, sem admitir as pretensões da corrente naturalista, sem aceitar que seja um organismo natural espontâneo, composto material contínuo, como uma planta ou um animal, poderemos todavia compreender o estado como um organismo, nos termos anteriormente ditos.

Não se proscavam pois os termos — *orgânico* e *organismo* —, como pretendiam LOTZE e VAN KRIEKEN, mas, como diz ARTOM, acorde-se sobre a extensão que se lhes deve dar e coordene-se a idea com os verdadeiros fins da consociação moderna (1).

(1) Prefácio da cit. obr. de VAN KRIEKEN, na cit. *Biblioteca di sc. polit. e ammin.*, t. VII, p. 133g e s.

Justamente entendido, o conceito orgânico tem sido fonte de progresso nas ciências sociais(1). Um efeito importante, que em parte derivou do conceito orgânico, foi a mais clara distinção entre *estado* e *sociedade*, distinção abstracta, pois que na vida real as duas entidades, o estado e a sociedade respectiva, se desenvolvem em união indissolúvel.

Passamos assim naturalmente da forma especial da sociedade—o estado—a considerar a teoria orgânica perante o conceito mais jeral de *sociedade*.

Também SANTAMARIA DE PAREDES passa do estado à sociedade; e também como êle pensamos que a questão não se deve estabelecer nos termos jerais em que de ordinário se apresenta, perguntando—se a sociedade é um organismo. A uma tal pergunta não pode dar-se uma resposta precisa, porque, como diz o citado publicista, são tão diversos os graus e tão múltiplas as formas da sociabilidade, que pode responder-se afirmativa ou negativamente, conforme o grau e a forma que se tome para tipo de comparação. «Desde a orda selvagem até a nação civilizada, desde a mera convivência até a personalidade colectiva, desde a união transitória até a corporação perpétua, desde a cooperação espontânea até a cooperação forçada, desde a mutualidade interessada até o patrocínio benéfico, desde a companhia mais sinjela até a mais complicada instituição anónima,—immensa é a variedade em que se manifesta a sociabilidade umana».

«Em qual de tam diferentes tipos sociais, acrescenta o mesmo autor, encontramos a idea de organismo? Não os examinaremos um a um; basta indicar que—em qualquer agrupamento umano, em que existam vários órgãos unidos entre si segundo as necessidades da vida comum, averá *organismo*. O acêrto da aplicação dêste termo depende da precisão com que se empregue o de *órgão*; e deve ter-se presente que *órgãos*

(1) Vej. POSADA, *Trat. de derecho adm.*, Madrid (Victoriano Suárez), 1897, t. I, p. 35 e s.; SAILER, obr. cit., p. 15.

não são quaisquer partícipes ou membros de um agrupamento, mas só aqueles que, *formando parte d'ele, o servem e o representam em função especial do todo*» (1).

Consideramos aceitável, quanto à sociedade, o modo de dizer de SANTAMARIA DE PAREDES, desde que às expressões — *órgão* e *organismo* — se dê o valor que lhes ligámos na sua aplicação ao estado.

SECÇÃO III

Noção e elementos da sociedade e do estado; suas relações

9. — Noção e elementos da sociedade e do estado.

No estudo anterior á já elementos para a formulação das noções de *sociedade* e de *estado*.

A) — O conjunto das relações entre os omens, tendo por fim a satisfação das necessidades humanas, produz o conceito jeral de sociedade, a qual ORLANDO (2) define: — o facto da convivência humana para a satisfação das variadas necessidades de ordem fisica, económica e espirital.

A coexistência dos omens em um dado território importa uma série indeterminada de relações tendentes à satisfação das necessidades da natureza humana. O omem jera e educa a prole; trabalha e produz, e troca os produtos do seu trabalho por outros que lhe são necessários; obedece emfim aos impulsos poderosos que dão vida à ciência, à literatura e às artes. Cada uma destas relações implica necessariamente a concorrência de esforços múltiplos, para que o indivíduo é absolutamente insufficiente, e que só pode conseguir, *associando-se* com outros indivíduos (convivência humana). Assim se depreende aquele conceito de sociedade (3).

(1) SANTAMARIA DE PAREDES, *El concepto* cit., p. 162 e 163.

(2) ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, Introd., n.º 8

(3) ORLANDO, cit. *Princ. di dir. costit.*, n.º 3.

A bem dizer, escreve TURGEON (1), basta que a vida social exista, para que as necessidades *individuais*, como comida, bebida, vestuário, habitação, sejam satisfeitas pela actividade industrial de cada um. Desde que a sociedade existe, os homens tem meio de prover individualmente a estas necessidades primárias pelo trabalho e pela troca.

No referido conceito de sociedade é esta compreendida no seu mais genérico aspecto, e como communmente se deve entender, quando os escritores se referem dum modo jeral à *sociedade*. Esta indica qualquer grupo de indivíduos, em que se manifestam relações de convivência.

Ora, se bem atentarmos na vida da sociedade, veremos que nesta se desenvolvem variadíssimos agregados, os quais dentro do grupo jeral constituem outros tantos organismos, prosseguindo fins especiais, sejam de ordem física, económica, intellectual, moral ou religiosa: assim diremos de muitas associações ou sociedades sujeitas a estatutos próprios. O maior número desses organismos vive a dentro dos limites do estado; outros porém envolvem indivíduos de sociedades políticas diferentes, a sua acção passa as fronteiras do estado: estão neste segundo caso, por exemplo, várias grandes empresas e sociedades de comércio. Mas também muitas vezes a simples convivência social se dá, — como a mera reunião de indivíduos em um edificio de exposição ou num estabelecimento commercial, em um jardim ou numa rua, em uma sala particular ou num salão de conferências, em uma igreja ou num teatro, em um transatlântico ou numa carruagem de via férrea —, sem que estas reuniões transitórias possam ser consideradas correspondentes a organismos sociais. E o termo *sociedade* a tudo isto se pode referir. Deve portanto distinguir-se bem a noção vaga e jeral de sociedade da noção, menos extensa e mais complexa, de sociedade como agrupamento organizado.

(1) Artigo cit. a p. 40, nota (3).

A *sociedade*, conforme aquela noção jeral, pode envolver muitas *sociedades*, no conceito científico do termo; e todavia a ela, em qualquer dos seus aspectos, seja o mais amplo ou o mais restrito, não corresponde necessariamente um organismo próprio. Estão, neste caso os conceitos que se traduzem nas expressões:—a sociedade humana, a sociedade da capital, a sociedade elevada, a sociedade frequentadora de..., etc.

O que fica dito é suficiente para indicar que não é isento de dificuldades o dar uma definição de *sociedade*, e nem é de estranhar a diverjência que se nota nos escritores a tal respeito, vista a diversidade de conceitos que apresentam. MORSELLI (1) escreve que ainda não foi dita a última palavra sôbre o conceito de sociedade.

GABRIEL TARDE (2) define a sociedade como um conjunto de individuos que se imitam reciprocamente. TARDE, que procura explicar todas as manifestações da vida social pela lei da imitação, substituindo-a à da evolução, introduz o princípio da sua teoria na definição de sociedade.

RENÉ WORMS (3) entende por sociedade um agrupamento duradouro de seres vivos exercendo toda a sua actividade em comum.

FRANKLIN H. GIDDINGS (4) considera uma sociedade como sendo um grupo de seres conscientes sujeito a um desenvolvimento incessante, no qual o agregado atinge relações definidas que o curso do tempo transforma numa complexa e duradoura organização.

Estas três definições estão criticadas por o sr. dr. MARNOCO E SOUSA: a imitação não pode explicar as origens sociais, sendo também certo que os povos em circunstâncias similares de ambiente desenvolvem paralelamente os sistemas da sua civi-

(1) *Éléments de sociologie generale*, Milano (Ulrico Hoepli), 1898, p. 42.

(2) *Les lois de l'imitation*, Paris (Felix Alcan.), 2.^a ed., 1895, cap. III, *Qu'est-ce qu'une société*, p. 64 e s.

(3) Obr. cit., p. 31.

(4) Obr. cit., p. 3.

lização sem se imitarem; WORMS parece limitar a expressão *sociedade* ao agrupamento nacional ou político, visto referir-se ao exercício de *toda* a actividade dos indivíduos; GIDDINGS leva a excluir da definição as sociedades que se encontram no período de omogeneidade incoerente e indefinida, segundo a expressão de SPENCER (1).

Com a supressão da palavra *toda* aceita todavia o sr. dr. MARNOCO E SOUSA (2) a definição de WORMS.

ROBERTO MOHL (3) avia definido sociedade como um complexo de organismos vitais do povo fundados sobre os interesses comuns; FERRARIS (4) diz que sociedade é a ordenação dos indivíduos, pertencentes a um dado povo, em classes fundadas sobre os interesses económicos, fisicos e intellectuais; e ainda VINCENZO MICELI (5) entende por sociedade um agregado natural, permanente, orgânico de pessoas, que cooperam entre si consciente ou inconscientemente, animadas por um comum espírito de solidariedade, unidas por uma forma qualquer de recíproca subordinação.

Em todas estas definições não se distinguem os dois conceitos de *sociedade*, a que anteriormente nos referimos, nem a um deles exclusivamente correspondem. Por isso, para nós, restringindo-nos, como já fizemos ver, às sociedades humanas, e distinguindo entre os dois conceitos, diremos que ao conceito genérico de *sociedade* corresponde — *todo o agrupamento de indivíduos, entre os quais se manifestam relações de convivência* — e que, *sociedade, propriamente tal, é um agrupamento de indivíduos, unidos por um vínculo comum, entre os quais e mediante a acção de um organismo próprio se verifi-*

(1) Dr. MARNOCO E SOUZA, obr. cit., p. 63 e s.

(2) Obr. cit., n.º 48.

(3) Vej. FRANCONI, *Introduzione al diritto pubblico amministrativo*, Milano (Dott. Leonardo Vallardi), 1889, p. 4.

(4) Obr. cit., p. 17.

(5) *Principii fondamentali di diritto costituzionale generale*, Milano (Società Editrice Libreria), 1898, p. 54.

cam relações de convivência, tendentes á realização de um fim. O vínculo pode ser necessário ou voluntário, a convivência ser duradoura ou transitória, e o fim, simples ou complexo, tender á satisfação de necessidades do grupo ou mesmo a êste estranhas, colectivas ou individuais.

A sociedade no primeiro sentido tem por elementos um grupo de indivíduos e relações de convivência.

Da sociedade no segundo conceito são elementos : um grupo de indivíduos ; um fim a proseguir, o qual deriva de uma comunhão de ideas e a que corresponde a individualidade do grupo ; um vínculo, o qual é determinado por êsse fim e do qual deriva o poder social, a que os membros do grupo estão subordinados, e relações de convivência para a realização do fim social.

B) — Emquanto a convivência social é simplesmente considerada como dirigida á satisfação das necessidades humanas, temos, como vimos, a noção da sociedade no seu sentido mais geral ; mas, conquanto para os fins científicos se possa conceber isolada a sociedade, é certo que de facto não podem existir as relações múltiplas que ela supõe, se não forem reguladas por *normas obrigatórias* e estas garantidas por uma força superior, ou, em outros termos, quando as relações *sociais* não constituam outrossim relações *jurídicas* defendidas por um *poder coercivo exterior*. Ora, diz ORLANDO (1), quando a sociedade se concebe organizada politicamente para a tutela do direito, surge a noção do estado.

Para determinar a noção do estado os tratadistas embrenham-se na resolução dos graves problemas ligados a uma qualquer das teorias do estado, subordinando-se ao sistema filosófico ou político que os anima (2). Não nos preocuparemos aqui com o exame de teorias, nem nos prenderemos a qual-

(1) ORLANDO, cit. *Princ. di dir. costit.*, p. 15, n.º 4.

(2) Para maior desenvolvimento acêrca de conceitos do estado, vej. dr. MARNOCO E SOUZA, obr. cit., p. 115 e s.

quer escola, seja teocrática ou materialista, contratual ou histórica, autoritária ou liberal, individualista ou socialista; o nosso intuito é mais modesto. O estado existe; na sua realidade histórica procuraremos deduzir de certos dados objectivos os seus elementos constitutivos irreductíveis. Ora a observação diz-nos que em todo o estado se encontram os seguintes elementos: — uma convivência ou associação permanente de *omens* em relação constante com um *território*, que constitui o seu *habitat*, e a sua sujeição a um poder soberano, ao qual estão ligados por uma relação de *obediência política*, ou: — *α) população, β) território e γ) vínculo politico.*

Dêstes caracteres o originário é o da coexistência de muitos omens associados: êle forma o elemento material orgânico de que o estado se compõe: o principio da sociabilidade humana é pois o ponto de partida. Não investigaremos aqui, se a população, para poder servir de base ao estado, deve constar de um grupo de indivíduos não inferior a um determinado número mínimo (1), ou sem designação de número mínimo, mas superior à família (2), de um simples agrupamento de famílias (3), ou da junção de grupos étnicos eterojéneos, sem atenção a indivíduos ou famílias (4).

A relação constante com o território, elemento material inorgânico do estado, mostra antítese com as tribos nómadas. HAURIU (5) considera menos indispensável o território, apon-tando exactamente para os povos nómadas; mas diz BLUNTSCHLI (6) que os povos nómadas são apenas uma das condições preliminares do estado. E por certo que, se um povo nómada

(1) ROUSSEAU pretendia um mínimo de dez mil indivíduos. Vej. BLUNTSCHLI, obr. cit., p. 12, e BRUNIALTI, obr. cit., p. 3.

(2) BLUNTSCHLI, obr. cit., p. 12. MICELI, obr. cit., p. 51, diz que deve aver uma sociedade para que possa surgir o estado.

(3) Assim pensam BLUNTSCHLI, log. cit.; ORLANDO, cit. *Princ. de dir. cost.*, p. 14; BRUNIALTI, obr. cit., p. 3.

(4) GUMPOWICKZ, referido por dr. MARNOCO e SOUZA, obr. cit., p. 54.

(5) Obr. cit., 2.^a ed., p. 5.

(6) Obr. cit., p. 11.

percorrer território de um estado qualquer, não pode tal povo por si constituir um estado. O território deve ter o caracter de ficsidez, visto que a relação da população com o território deve ser constante e porque essa ficsidez é também indispensável para determinação da acção territorial e internacional das leis do estado (1).

O elemento da obediência política, com poder soberano de um lado e súbditos do outro, forma antitesse com as organizações patriarcaes, nas quais também á uma relação de obediência, mas fundada no laço de consangüinidade, mais ou menos próxima (2). O vínculo imprime caracter político ao cidadão, de modo que êste não perde essa sua qualidade ainda que saia do território do estado.

MEUCCI (3) insere também na idea de estado como imprescindíveis os dois elementos: — 1.º, povo, *matéria* ou *conteúdo*, e 2.º, jerarquia e autoridade, *forma*. Mas êstes dois elementos servem-lhe depois para estabelecer diversos conceitos de estado; assim define estado no sentido material — o povo considerado como unidade jurídica de omens consociados em uma determinada sede para o bem comum da vida e sob uma lei comum; e no sentido formal — o próprio ordenamento jurídico da sociedade para o bem comum, um estado unidade, um todo orgânico. No primeiro sentido dir-se-á estado o povo organizado; no segundo a organização do povo. Mas neste segundo sentido tem uma subdistinção: a organização de um povo, que em outros termos é o *poder público*, ora se toma no sentido jeral de todas as instituições que servem para cuidar dos interêsses públicos, seja do todo, seja das grandes partes da associação; ora se comprehende em um sentido mais particular, isto é, só daquelas ordens que miram ao interêsse público de toda a associação. No primeiro sentido o estado

(1) Vej. dr. MARNOCO E SOUZA, obr. cit., p. 58.

(2) ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, Introd., n.º 2.

(3) *Instit. cit.*, p. 27.

inclui a comuna, a província e as partes orgánicas subalternas, se as tiver; no segundo, só o que se diz o *poder central* ou *governo*. Assim a palavra *estado* corresponde a tres conceitos: — poder central, poder público, povo politicamente organizado.

Nesta variedade de conceitos, que acabamos de referir, se pode ver a orijem de diverjências que prejudicam a ciência.

TURGEON, por exemplo, diz que o estado é alguma cousa menos do que a sociedade; que a sociedade, quando está politicamente constituída, abranje mais *funções* e provê a *mais necessidades* do que o estado. Dividindo as necessidades em *individuais* e *comuns*, e retirando aquelas ao cuidado do estado, acrescenta: «Quanto às necessidades *comuns*, como a paz, a justiça, a segurança, não é dado à actividade particular de a isso prover suficientemente, mesmo em sociedade. Para satisfazer convenientemente uma necessidade comum é necessária a acção colectiva, e é ao estado que deve pedir-se. O domínio do estado não pode pois identificar-se com o da sociedade». Diz mais: «O estado não se identifica com os nacionais, não se confunde com a nação. O estado não é senão a *representação official*, o *organismo politico*, a agência directora, o *sindicato dos interêsses jeraís* da nação. O estado é o conjunto dos poderes públicos constituídos para a promoção e defesa dos direitos, interêsses e aspirações do grupo nacional» (1).

É inaceitável esta compreensão restritiva do estado. Com effeito: nenhuma sociedade humana pode subsistir, como vimos, e realizar o seu destino sem uma organização, que, baseada no vínculo social, torne efectiva a subordinação que êsse vínculo impõe. E porque as sociedades humanas correspondem às humanas necessidades e com o desenvolvimento destas se harmonizam, averá na sociedade ou conjunto social total tantas espé-

(1) Artigo cit., *Rev. du dr. public.*, t. XI, p. 73 e s.

cies de organização e sociedades distintas, quantas espécies de necessidades humanas, sejam de ordem física, económica, ou espiritual. Mas, pode em geral dizer-se, os mesmos homens sofrem essas diversas necessidades e assim elles entram nessas diferentes sociedades; e para que a coesão social considerada no conjunto de todas essas organizações e sociedades possa manter-se de um modo armónico e unitário, uma organização á proeminente a todo esse conjunto, o qual constitui, sob esse aspecto, uma correspondente sociedade,—sociedade e organização que são, por assim o dizer, a sociedade das sociedades e a organização das organizações: tal é a forma que a sociedade reveste para a manutenção do direito e a segurança geral. Esta forma é o estado. Ora, assim como em cada uma daquellas espécies sociais se não separa dos elementos que compõem essa espécie a organização respectiva, assim também quanto ao estado, quanto a esta sociedade política, a respectiva organização se não deve separar dos elementos que constituem a mesma sociedade.

A própria palavra *estado*, do latim *status*, a isto nos encaminha: pois que, se ela designa, no seu mais lato sentido, a condição ou o modo de ser, com caracter de duração, das pessoas e cousas em um dado momento da sua existência, também o *estado político*, visto que esta expressão só pode ser applicável ás sociedades, deverá corresponder a um modo de ser que a sociedade atinje num dado período da sua existência e do seu desenvolvimento.

Já MEYER (1) disse que o estado é modo e forma total da sociedade humana.

O estado abranje pois toda a organização social e toda a sociedade no duplo aspecto da manutenção do direito e da segurança geral; é elle por isso mesmo mais do que simplesmente a representação official ou o organismo político. Aten-

(1) *La administración*, trad. de AD. POSADA, Madrid, Preliminar de POSADA, p. 6.

dendo por tanto aos elementos irreductíveis do estado, dos quais já falámos, e ao que acabamos de ponderar, definiremos estado — *a sociedade jurídica e politicamente constituída em um dado território* —, ou — *a sociedade constituída em um território determinado, a qual tem por fim essencial a manutenção do direito e a segurança jeral* (1).

10. — Relações entre a sociedade e o estado.

Sómente nos referimos às sociedades políticas.

Acêrca das relações entre a sociedade e o estado podem as diversas opiniões apresentadas reduzir-se a três sistemas: — o da separação ou ainda opposição entre a sociedade e o estado; — o da distincção entre a sociedade e o estado, mas devendo ambos viver na melhor harmonia, e — o, que denominaremos, da consubstanciação da sociedade e do estado.

Não discutiremos aqui tais sistemas (2); limitar-nos-emos a algumas considerações ligadas ao terceiro dêles, aquele que, como deriva do que já avemos dito, assenta no verdadeiro conceito do estado.

Sob o aspecto abstracto, podemos ver separadamente a *sociedade* e o *estado*, para, distinguindo-os, observar as suas relações recíprocas.

As duas noções — de sociedade e de estado — coincidem na extensão, mas diferem pela comprehensão. O elemento material é idéntico: tanto a sociedade como o estado são formados por uma quantidade de individuos, mónades constitutivas tanto duma como doutro; a sociedade e o estado teem os mesmos limites territoriais.

(1) Preferimos a palavra *sociedade* à de *povo* ou *nação*, que alguns empregam, porque pode o estado não coincidir com o *povo* ou a *nação*. É assunto que prende com o princípio das nacionalidades, de que aqui não temos de occupar-nos.

Sobre a matéria dêste numero vej.: dr. MARNOCO E SOUZA, obr. cit., n.º 92; SAVIGNY, *Droit romain*, t. I, p. 22; BLUNTSCHLI, cit., *Theor.*, p. 11, 17 a 19, 76, 92 e s.; BRÜGI, *Introd. alle science giuridiche*, p. 78 e s.; SAILER, obr. cit., cap. 1.º; LORIS, obr. cit., *Introd.*, cap. 1.º, n.º 1; MICELI, obr. cit., p. 54 a 56.

(2) Vej., quanto a êstes sistemas, dr. MARNOCO E SOUZA, obr. cit., n.ºs 50 a 54, p. 66 a 72.

A sociedade e o estado diferem cientificamente, quando se consideram em relação ao fim que devem desempenhar. O estado é a integração juridico-política da sociedade, e assim a sua acção, como tal, estende-se a toda a sociedade e a qualquer das suas organizações especiais, em virtude da tutela do direito que aêquele compete. Erram os que fazem do estado sómente um *órgão social*, confundindo-o com *governo* ou ainda com *poder público* (1).

É fácil de pensar que o estado não pode limitar-se simplesmente a quem manda, a de abranjer tanto os que mandam como os que obedecem; e se é certo que o estado supõe um governo, êste é apenas uma parte do estado, exprime ou representa a sua personalidade jurídica, mas não a constitui (2).

Embora o estado seja um modo de ser da sociedade que atinge a constituição política, não perde a sociedade por êsse facto as qualidades que lhe adveem da convivência dos omens; as manifestações de simples natureza social verificam-se portanto dentro do estado; e êste, modo de ser juridico-político da sociedade, não pode deixar de actuar em relação às diversas manifestações sociais, não só lejitimando-as e garantindo-as, mas ainda promovendo o seu desenvolvimento, quando necessário, e realizando a coordenação superior de toda a actividade social.

À sociedade pertence a espontaneidade natural e criadora no desenvolvimento progressivo do estado, e, por abstracção, podemos considerar a vida social no estado como distinta da vida mais complexa a que o estado corresponde. É assim compreensível o influxo recíproco das fôrças naturais da sociedade no aspecto juridico-político da mesma sociedade e dos elementos correspondentes a êsse aspecto naquelas mesmas fôrças.

No estado actuam as fôrças sociais, reflectindo-se a acção

(1) ORLANDO, *Dir. constit.* cit., n.º 5.

(2) Vcj. MICELI, *obr. cit.*, p. 59 e s.

destas na própria organização jurídico-política do estado; e como na sociedade á sempre alguns elementos que predominam sôbre os outros, pode, como escreve FRANCONI (1), dizer-se que, o que parece antagonismo entre o estado e a sociedade, não é substancialmente senão antagonismo entre os interesses de alguns organismos vitais da sociedade e os de outros organismos, mas sempre da mesma sociedade, antagonismo entre vencedores e vencidos na luta dos varios complexos sociais. Assim a organização jurídico-política da sociedade será principalmente determinada por aquela parte da mesma sociedade, que sôbre as outras se tornou vitoriosa.

Adeante voltaremos a falar dèste assunto na consideração do duplo aspecto, jurídico e social, do estado moderno.

CAPÍTULO II

Personalidade do estado; soberania; funções do poder político

SECÇÃO I

Personalidade colectiva; personalidade do estado

11.—Conceito da personalidade; pessoas morais ou colectivas.

O conceito da *personalidade* é interessante em psicologia humana, quando se considera o problema da natureza racional do homem; é interessante em sociologia, quando do estudo psicológico do indivíduo passamos a examinar as manifestações de ordem psíquica nos agrupamentos humanos; é interessante na

(1) Obr. cit., p. 4 e 5.

filosofia e vida do direito, quando atendemos a que, correspondendo ela aí à capacidade de direitos e obrigações, como sujeitos de direitos e obrigações se nos apresentam o homem e as sociedades políticas e outras entidades corporativas (1).

A personalidade do indivíduo manifesta-se na sua própria consciência, quando o *eu*, colocado em frente do *não eu* ou mundo exterior, se afirma, por um sentimento de si mesmo, quer em face da natureza em geral, quer mais especialmente em face dos outros homens. Esta acção consciente não é originária no indivíduo, desenvolve-se gradualmente por uma acção reflecta, como o comprova o estudo das faculdades psíquicas da criança.

Não é a consciência por si só, considerada no seu aspecto geral, que caracteriza a personalidade humana, pois que a *consciência* não é exclusiva do ser humano; mas na sua evolução psíquica a consciência atinge no homem um grau superior, manifestando-se como uma duplicação interior do próprio ser, uma penetração íntima, em que nos interrogamos a nós mesmos, em que pensamos sobre o pensamento já formado. A esta acção reflecta, a este grau superior e sintético da consciência, a este seu modo de ser se chama a *razão*; e é este grau da consciência que faz precisamente do homem uma *pessoa*. São assim idênticas as duas expressões — *pessoa* e *ser racional*.

Passando do aspecto psicológico ao aspecto jurídico, sabemos que o direito, originado na necessidade da manutenção da convivência humana, baseado na solidariedade social, regula relações entre homens. Ora o homem, considerado sob a relação do direito, isto é, em relação às limitações impostas à sua vontade pelo direito e às sanções com que o poder social assegura o seu exercício, toma também juridicamente o nome de *pessoa* ou sujeito de direito. Estreitamente ligada está a

(1) «Sujeito de direito ou *pessoa* é qualquer ente susceptível de direitos e obrigações» (Dr. ALVES MOREIRA, *Instituições do dir. civil português*, Coimbra, 1898, p. 153).

personalidade jurídica à personalidade psicológica, tendo esta por base, pois que, para o indivíduo se poder conceber como um ser capaz de direitos e de obrigações, necessário é que primeiro se conceba como uma personalidade autónoma ou psíquica. Quando o indivíduo reconhece a necessidade da co-existência social, reconhece consequentemente a necessidade de por uma comum limitação coordenar a sua actividade com a actividade dos outros membros do grupo; e êstes sentimentos indivíduo-sociais conduzem aos sentimentos do justo e do injusto, pelo respeito recíproco devido às faculdades de cada um, assumindo assim o indivíduo o carácter jurídico de *pessoa*. É a *pessoa natural* ou *singular*.

O estado não cria; limita e assegura segundo o direito o exercício das vontades individuais. Se todavia o estado, assim como a sociedade, existe para o indivíduo, a vontade dêste não deve ser limitada pelo estado senão no que seja necessário para o maior bem dos indivíduos que o formam.

Mas no campo jurídico o problema da *personalidade* não afecta simplesmente a pessoa singular, o indivíduo em si e nas suas relações sociais; comprehende também a vida dos agrupamentos humanos, das entidades corporativas, que de longa data teem também sido em direito consideradas como *peçoas*. São as *peçoas colectivas*.

O direito, assim como considera os indivíduos, assim também considera os grupos sociais.. Se o estado limita pelo direito as faculdades naturais dos indivíduos para assegurar a harmonia na sociedade e a manutenção da ordem pública e lhes garante dentro dos respectivos limites o livre exercício dessas faculdades, igualmente êle limita e tutela a acção dos agrupamentos humanos, como entidades ou seres jurídicos, juridicamente distintos dos indivíduos que os compõem.

As leis attribuem direitos e obrigações a determinados agrupamentos de indivíduos nos termos nelas declarados, e reconhecem a *personalidade* destas colectividades, que assim constituem unidades ou individualidades jurídicas. A indivi-

dualidade vem-lhes do *fim*, ou complexso de interêsses comuns aos grupos de indivíduos que formam essas colectividades.

Na ordem jurídica a pessoa opera pela *vontade*; e se na pessoa singular essa vontade existe no próprio indivíduo, salvo em casos excepcionais em que se lhe dá um representante, na pessoa colectiva ela provém sempre de uma representação.

Sob um aspecto jeral, tanto se deveriam incluir no problema da personalidade colectiva as simples sociedades civis e as grandes empresas, como os institutos de utilidade pública e as próprias circunscrições administrativas e o estado. Mas, emquanto que as primeiras destas entidades, promovendo o interêsse privado dos seus associados, são especialmente rejeidas pelas disposições do direito civil e do direito commercial (1), as segundas, tendo, nos termos do nosso código civil (2), um fim de utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjuntamente, estão sujeitas às disposições do direito político e administrativo, quanto ao seu fim público, e às disposições do direito civil nas suas relações de carácter patrimonial e privado. A estas dá o citado código a denominação de *pessoas morais* (3).

(1) Vej. cód. civ. portuguez, art. 39.º

(2) Art. 32.º

(3) Além da expressão referida de *pessoas morais*, outras denominações teem sido empregadas para designar estas colectividades, tais as de — *pessoas juridicas*, *pessoas civis*, *pessoas colectivas*, *pessoas sociats*, *pessoas ficticias*, *pessoas incorpóreas*, *pessoas abstractas*, etc. As expressões *pessoas ficticias* e *pessoas juridicas* diz POSADA (*La doctrine des personnes sociales*, na cit. *Rev. du dr. publ.*, t. XIV, 1900, pag. 71, n. 2) que são das mais inexactas, fazendo supor que se trata de pessoas que não teem realidade positiva ou que são uma pura criação do direito; além disso a denominação de *pessoa juridica* não corresponde só à pessoa colectiva ou não individual. A expressão *pessoa moral* não exprime nada de concreto e de especial à personalidade que designa, não é inapplicável ao simples indivíduo, podendo notar-se que PUFFENDORF (*Le droit de la nature et des gens*, ed. Barbeyrac, 1740, t. I, p. 13 e s.) distingue entre pessoas morais simples e compostas e que ROUSSEAU parece aceitar esta distincção (MESTRE, *La notion de personnalité morale chez Rousseau*, na *Rev. du dr. publ.*, XVIII, 1902, p. 447 e s.) e, como também diz MICHOUX (*La notion de personnalité morale*, na cit. *Rev. du dr. publ.*, t. XI, 1899, p. 6, not.), é uma expressão vaga e não demonstrativa. GINER (*Estudios y fragmentos sobre la teoría de la personalidad social*, Madrid, 1899) emprega a expressão *pessoa social*. POSADA [*La doctrine des personnes sociales*, na cit. *Rev. du dr. publ.*, t. XIV, 1900, p. 71, n. (2)] prefere esta última denominação ou a de *pessoa colectiva*; mas diz não aver inconveniente em

Segundo OTTO MAYER, a diferença entre a pessoa natural e a pessoa moral está no que se oculta atrás delas: ali á um individuo determinado, ao qual a pessoa serve para a totalidade dos interesses; aqui á uma pluralidade indeterminada de individuos, aos quais a pessoa serve para um grupo determinado de interesses que lhes são comuns(1).

12. — Existência e natureza das pessoas colectivas.

Será a *personalidade* uma qualidade natural e atributo exclusivo do omem individualmente considerado, ou averá realmente *pessoas colectivas* constituindo unidades distintas dos membros que as compõem? Terá demonstração científica a existência de tais entidades? Serão seres reais, meros entes fictícios, simples criação das leis?

É sob o seu aspecto jurídico que o problema nos interessa.

Muitos teem sido os modos de ver a tal respeito, formulando-se variadas teorias e opiniões, de todas as quais se podem formar três grupos, correspondentes ás três soluções seguintes:—*a*) existência fictícia da personalidade colectiva;—*b*) negação plena da personalidade colectiva;—*c*) existência real e abstracta da personalidade colectiva.

Não explanaremos a matéria(2), bastando poucas palavras ao nosso propósito.

respeitar o uso da expressão *pessoa moral*. O sr. dr. ALVES MOREIRA (obr. cit., p. 157), criticando as expressões referidas, dá preferência á de *pessoas colectivas*. Também julgamos preferível a denominação de *pessoa colectiva*, em opposição á de *pessoa singular*; sê-lo-ia a de *pessoa social*, por este termo dever corresponder a um grupo de individuos entre si ligados por um determinado fim, se o termo *social* não fôsse igualmente applicável ao omem como ser sociável ou monade social. Na legislação dos diversos estados predominam as denominações de *pessoas morais* e *pessoas jurídicas*. Conquanto na legislação portugueza seja usada a denominação de *pessoas morais*, notaremos que o cód. civ., art. 382, também emprega a expressão — *pessoas colectivas* — em opposição a *pessoas singulares*.

(1) OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, Paris (V. Giard & E. Brière), IV, 1906, p. 255.

(2) De entre os numerosos trabalhos publicados sôbre este interessante assunto apenas designaremos, além dos já citados, os de MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1906; De VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, Paris, 1892; SALEILLES, *Les personnes juridiques dans le code civil allemand*, na *Rev. du dr.*

Os sectários da teoria da ficção, partindo, por um lado, do assioma jurídico de que todo o direito supõe um ser a quem pertença e de que só o homem, individualmente considerado, é pela natureza apto para ser sujeito de direitos, e, por outro lado, vendo, como um facto, a existência de patrimónios, conjuntos de direitos, acerca dos quais se não pode dizer que aja indivíduos que desempenhem o papel de sujeitos de direitos, resolvem a contradição por um *ultimum remedium*, como diz ZITTELMANN (1), o da *ficção*, supondo que qualquer dêsses patrimónios tem o seu sujeito, não real, mas fictício.

Segundo os sectários da solução negativa, a personalidade é uma qualidade exclusiva do homem; é por isso inadmissível atribuir a uma colectividade de homens uma personalidade própria, dando ao todo o que é atributo exclusivo de cada um dos seus membros.

A terceira solução afirma a existência real da personalidade colectiva. Esta solução tornar-se-á a dominante, apesar dos recentes esforços em defesa da solução negativa. Ela, com efeito, corresponde a factos da vida social, que só pelo conceito da personalidade colectiva se podem explicar.

Os actos de administração de natureza jurídica correspondem a decisões relativas ao exercício de direitos; e se estes direitos podem ser exercidos como direitos de entidades colectivas ou em relação a elas, e se não á direito sem um titular ou *pessoa*, — bem se comprehende a capital importância do problema da personalidade colectiva no campo da ciência da administração e do direito administrativo.

A coexistência social não o é meramente de indivíduos, individualmente considerados, mas sim dêstes e juntamente das associações que formam; dêste modo na sociedade, ao lado

public, t. XV, p. 193, 428, t. XVI, p. 212; GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, Paris (V. Giard & E. Brière), 1895; GIORGIO GIORGI, *obr. cit.*; dr. MARINOCO E SOUZA, *obr. cit.*; dr. CAEIRO DA MATTA, *obr. cit.*; ROCHA PEIXOTO, *obr. cit.*; DUGUIT, *L'État* *cit.*; PRESUTTI, *Istituzioni di diritto ammin. italiano*, Napoli (Cav. Aurelio Tocco), 1904.

(1) Referido por MESTRE, *obr. cit.*, p. 152.

dos actos meramente individuais, isto é, praticados pelo indivíduo em virtude da sua exclusiva determinação, á os actos de natureza colectiva, que, provindo de indivíduos associados ou respeitando a uma pluralidade de indivíduos, são executados em vista do fim que se teve em vista realizar. E assim, as regras jurídicas elaboradas no seio da sociedade respeitam quer aos indivíduos em razão dos seus actos individuais, quer aos grupos sociais em razão dos actos de natureza colectiva. Se portanto não só os indivíduos como as colectividades tem a capacidade de praticar actos jurídicos, e se à capacidade de direitos corresponde a *personalidade*, fôrça é o attribuir personalidade às associações. Os membros associados, ou antes os seus representantes, praticando actos de natureza colectiva, que correspondam ao exercício de um direito, não os praticam no exercício de um direito da sua personalidade individual.

A vontade, como instrumento da personalidade, promove na ordem jurídica a realização dos interêsses, quer singulares, quer colectivos. Se porém, para essa realização, na pessoa singular a vontade parte dela em jeral, pois que também em determinados casos essa vontade é suprida por uma representação, na pessoa colectiva a vontade respectiva actua sempre por meio de representação.

Mas, se a *personalidade* não é attributo exclusivo do *indivíduo* e sim o é também das colectividades, como explicar scientificamente essa personalidade corporativa?

Sem pretender construir uma teoria, parece-nos todavia que, no estado actual da ciência, só será aceitável a que assentar nos seguintes dados: — a entidade colectiva ou instituição tem existência real, correspondendo a um todo com uma organização adequada; das consciências racionais e das vontades dos membros que a compõem ou que formam a sua representação resulta uma direcção unitária correspondente ao fim da instituição; essa direcção unitária, derivando dos órgãos da entidade colectiva ou instituição, efectua também mediante êles os interêsses legítimos que se teve em vista reali-

zar ou o fim da instituição; devendo êsses interêsses legítimos ser convertidos em direitos, vê-se que o grupo social ou a instituição revela por os seus órgãos uma capacidade de direitos e deveres que lhe respeitam, direitos e deveres diferentes dos direitos e deveres singulares dos respectivos membros ou representantes, quando individualmente considerados. Assim ficará determinada a existência real e concreta do todo social ou da instituição com vontade e acção próprias, pois que o fim, que se propõe, o realiza pelas energias que desenvolve; e na susceptibilidade de direitos e obrigações que, na ordem jurídica, a ~~essa~~ vontade são atribuídos para o fim comum, reconhecida se mostra a existência real e abstracta da sua personalidade, como real e abstracta é a personalidade do ser humano.

É bom não desconhecer que os actos, que os indivíduos em nome da entidade colectiva praticam, são emanados dêsses mesmos indivíduos; mas êsses actos são como que manifestações duma vontade unitária da entidade colectiva, de harmonia com o fim que esta se propõe. Se no acto não á a manifestação de uma vontade colectiva, é êle um acto colectivo resultante de vontades individuais. O acto e a vontade que êle traduz, derivem embora do indivíduo, são também a resultante da combinação das vontades dos membros do todo social, ou das dos representantes da instituição.

13. — Personalidade do estado; seus aspectos jerais.

A doutrina expendida sôbre a personalidade colectiva envolve a da personalidade do estado. Êste, sendo a mais complexa das sociedades humanas, é também a mais elevada forma da personalidade colectiva. Foi porém no decurso do século XIX que, procurando estabelecer-se a construção jurídica do estado, se criou a teoria do estado sujeito de direito ou teoria da personalidade jurídica do estado.

Procurando explicar na ordem jurídica esta personalidade, recorreram uns à ficção, criando por ela um sujeito revestido

do poder público, concebido êste como um direito subjectivo; viram outros realmente no estado uma pessoa colectiva dotada de consciência e vontade; emfim outros, rejeitando a ficção e não vendo no estado uma substância pessoal, teem-no como revestido de uma certa capacidade concedida pela ordem jurídica, concessão que a lógica não exige que seja apenas feita ao indivíduo humano (1). Não insistiremos neste ponto (2).

Alguns escritores, como HAURIU e MICHOU, dizem que a personalidade jurídica do estado tem duas faces: — pessoa de direito público, titular do direito de potência pública, e pessoa de direito privado, titular de direitos patrimoniais (3); outros escritores, como HOLTZENDORFF, PRADIER-FODÉRE, DESPAGNET, falam ainda de uma terceira face: — a personalidade internacional do estado.

Em direito político o estado figura como uma pessoa no exercício do poder público; e, como sujeito de relações de direito público, o estado trata com os cidadãos de superior para inferior. O *império* é característica da personalidade do estado na ordem política. O estado manifesta-se como personalidade política nas leis, nos actos das suas autoridades administrativas e nas sentenças dos seus tribunais. Tem cabimento o estudo da personalidade política do estado na ciência da política e na ciência da administração.

Como uma pessoa aparece o estado no direito civil, tratando com os cidadãos de igual para igual, no que respeita a negócios de carácter patrimonial, aquisição, jerência e alienação de propriedade e na execução de serviços de utilidade pública. É certo que o sistema tributário acabou por predominar sôbre o sistema do património do estado, o qual em tempos antigos

(1) DUGUI, cit. *Dr. constit.*, p. 44.

(2) Vej. o n.º antecedente.

(3) Quanto a ser o estado uma só personalidade, que no campo jurídico se manifesta sob dois aspectos, ou ser a personalidade patrimonial do estado distinta da sua personalidade de potência pública, vej. MICHOU, obr. cit., p. 262 e s.; DUGUI, cit. *Dr. constit.*, p. 45 e 121; dr. ALVES MOREIRA, obr. cit., p. 282 e s.; OTTO MAYER, obr. cit., t. IV, p. 256 e s.

teve grande extensão e principal importância; mas o estado ainda assim não pode prescindir da propriedade indispensável ao desempenho dos serviços públicos. Também o estado goza do direito sucessório em relação aos particulares, em determinadas circunstâncias, e em geral do direito de incorporar na fazenda nacional os bens das corporações que se extinguem. Além pois da personalidade no campo do direito público, o estado goza da personalidade em direito privado; esta manifesta-se pelo *domínio* e é regulada no direito civil.

Podem revestir carácter internacional as manifestações da personalidade do estado, quer no aspecto político, como ser independente, que afirma a sua existência perante os outros estados e com os quais entra em relações de ordem política, quer também no aspecto civil, por meio de relações de ordem patrimonial com os cidadãos de outros estados para o desempenho de serviços públicos, ou mesmo regulando relações dos seus cidadãos com os de outros estados (1).

SECÇÃO II

Soberania; funções do poder político

14. — Conceito da soberania.

Vamos sôbre este assunto apenas fixar ideas indispensáveis, visto que no estudo da ciência política é que elle tem o seu natural desenvolvimento.

Os elementos da personalidade do estado são — uma colectividade de indivíduos, um território e um governo.

O estado, pessoa na ordem jurídica, é titular do poder público, do *império*, como direito subjectivo, isto é elle tem o direito de dar ordens e de impor a obediência a elas, e até

(1) Não se confunda este aspecto internacional da personalidade do estado com uma personalidade internacional ou um estado internacional. Vej. dr. MARNOCO E SOUZA, obr. cit., p. 51.

a sua observância por meio da coacção. Este poder denomina-se jeralmente — *soberania*.

A teoria da personalidade do estado conduz assim à da soberania, e ao mesmo tempo a reforça. Sabemos que a personalidade consiste na capacidade de querer e de traduzir em acto a própria determinação. Ora a soberania manifesta-se precisamente na afirmação desta fôrça essencial e inicial da personalidade do estado. Na jénese do estado a soberania corresponde ao direito em virtude do qual a sociedade se constitui politicamente. A soberania é pois aqui a afirmação da personalidade jurídica do estado pela constituição do poder político.

Na sua jénese a soberania aparece necessária como a própria convivência social e política, sendo a mais elevada expressão colectiva, como manifestação de vontade e de fôrça de todo um povo constituído em organismo jurídico-político ou estado (1).

GERBER, citado por ORLANDO, definiu a soberania como — o poder de querer em um organismo moral concebido como pessoa. Entende ORLANDO que, conquanto estejam assim cientificamente precisados os verdadeiros termos da questão, convém introduzir na definição um complemento que a apossime da natureza jurídica, que o mesmo ORLANDO tem em vista; pois que, não é tanto a afirmação de uma verdade psicológica a propósito de um *organismo moral* que se deve ponderar, como a consideração de que a personalidade é condição essencial do poder jurídico do estado. Com a soberania afirma-se a personalidade jurídica do estado, e assim ela contém não simplesmente o seu poder de querer jenérica-mente considerado, mas sim o poder de querer no campo do direito. A noção de soberania comprehende a capacidade juri-

(1) ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, Introd., n.^{os} 13 a 15. A soberania tem de ser devidamente entendida: o direito soberano do estado tem limites, tanto internos ou relativos ao mesmo estado, como externos ou determinados pelas exigências das relações internacionais; os limites a esse direito subjectivo do estado são-lhe impostos pelas regras do direito objectivo. Vej. DUGUIT, cit. *Dr. constit.*, p. 48 e s., 112 e s.

dica do estado, que é o termo correlativo de qualquer personalidade jurídica; isto é, mediante a soberania, o estado, como sujeito de direitos, exerce todos os direitos relativos ao conseguimento do seu fim. Assim a soberania, compreendendo todos os direitos subjectivos do estado, é a condição para o exercício legítimo de *todos* os poderes políticos, ou a fonte dos mesmos poderes, segundo a expressão mais comum.

Concebida assim, a soberania aparece como um atributo inseparável da idea de estado em plena constituição.

Façam quaisquer causas etnológicas e sociais considerar como fonte dos poderes políticos Deus, o príncipe, os nobres, ou o povo, o que a lógica jurídica impõe e a observação confirma é que a soberania no seu exercício, pode variar e varia de órgãos, *segundo as diversas formas de govérno*, mas que com isso não varia nem pode variar a sua *natureza jurídica*. Seja quem for que exerça o poder soberano, em *todos* os estados se vê a antítese entre quem manda e quem obedece, entre *imperante e súbditos*, entre *governantes e governados*. O conteúdo da soberania persiste, mudem embora os órgãos que a representam e exercitam.

15. — Distinção dos poderes.

A soberania desce aos órgãos que a exercitam; passamos assim naturalmente ao problema da diferenciação das funções da soberania e dos órgãos do poder político, problema conhecido na ciência pela clássica denominação da — divisão dos poderes —, e que melhor se diria da — distinção dos poderes do estado.

Foi MONTESQUIEU⁽¹⁾ quem, meado século XVIII, construiu uma teoria da divisão dos poderes, como garantia da liberdade política dos cidadãos⁽²⁾. Indicou elle três poderes: — o

(1) De *L'esprit des lois*, l. XI, cap. 6.

(2) Já em ARISTÓTELES (*Politica*, VI, 11. Vej. dr. FREDERICO LARANJO, cit. *Princ. de dir. polit.*, p. 191) se poderiam ver antecedentes históricos da teoria da distinção dos poderes;

legislativo, o executivo e o judicial; e, em nome daquela liberdade política, defende a separação absoluta dêstes poderes, que deverão organizar-se por forma que cada um dêles possa deter a acção dos outros, mantendo o equilibrio do estado. O estudo da organização política inglesa e do modo como, segundo ela, se defrontaram em desconfiado antagonismo os órgãos do estado, levaram MONTESQUIEU ao estabelecimento daquela teoria.

Prevendo que o equilibrio dos poderes poderia conduzir à immobildade na vida do estado, procurou aquele publicista resolver a dificuldade, dando ao poder legislativo a preeminência em quaisquer conflitos dos poderes.

Durante largo tempo teve predomínio a teoria de MONTESQUIEU, e ainda é defendida por escritores modernos; assim HAURIU (1), referindo-se a que a teoria dos três poderes tem sido atacada, diz que «é preciso mantê-la enérgicamente e realizá-la na constituição.» (2).

MONTESQUIEU estabelece uma separação efectiva e mecânica dos poderes do estado ou das várias formas da actividade do estado; e isto, como diz ORLANDO, é tão possível como talhar a pêso um organismo vivo, pretendendo que continue a funcionar. Para o conseguimento dos seus fins o estado emprega todos os poderes que derivam da soberania e que armónicamente se mantem e se completam, embora com diverso alcance. Para a tutela do direito concorre não menos a legislação

mas êsses e outros antecedentes mostram que ao princípio se seguiu uma ordem inversa da natural e científica; fizeram-se distinções de poderes, acumulando em cada um atribuições de natureza diversa, em vez de diferenciar funções para as integrar em órgãos apropriados. LOCKE distinguio no estado dois poderes principais: o legislativo, pertencente ao povo, e o executivo, pertencente ao govêrno; admitia outros poderes, como o das relações internacionais e o discricionário.

(1) Obr. cit., 2.^a ed., p. 15.

(2) É conhecido o modo como KANT, adoptando a teoria de MONTESQUIEU e encarando o estado como uma trindade política, composta dos três poderes referidos, comparava o exercício do poder soberano a um silojismo prático, em que a lei representava a premissa maior, a norma de proceder do govêrno a premissa menor, e a sentença, dizendo o que é de direito nos diversos casos, a conclusão. Vej. KANT, *Théorie du droit*, ed. fr., 1855, p. 175 e 180.

do que a jurisdição ou a autoridade executiva. A legislação não pode proceder sem um perfeito acordo com o facto executivo da lei, nem é possível por qualquer esforço de subtileza suprimir na autoridade executiva o facto da manifestação de uma vontade imperante; o que é tão verdade que, desde que se abandone a razão histórica e uma série de critérios materiais, torna-se quasi impossível atribuir à distinção entre aquelas duas manifestações da vontade soberana (lei e regulamento) uma razão de ser, objectivamente deduzida do conteúdo efectivo daqueles dois actos. O dar a preeminência ao poder legislativo, em caso de conflicto de poderes, pode conduzir ao maior dos despotismos, — o da maioria numérica (1).

Não mencionaremos as opiniões em que o número dos poderes varia para menos ou para mais, tomando todavia por fundamento critérios semelhantes ao da teoria de MONTESQUIEU, nem as teorias que, baseadas em a natureza do estado se teem apresentado, com qualquer das tendências psicológica, sociológica, ou política (2).

O estado pode ser considerado na sua formação até o momento da sua constituição, ou já em acção; aqui, para a solução do problema da distinção dos poderes, temos de o estudar como já definitivamente constituído e em acção.

É bom ter-se presente que no conceito do estado envolve-mos o da sociedade que forma o mesmo estado; assim todas as fôrças individuais e sociais que o conceito da sociedade, abstractamente separada do estado, abranje, são fôrças do estado. A sociedade elevou-se a estado político; nesta sua última fase, assumindo a constituição política, ela não fica co-existindo ao lado do estado como entidade distinta dêle; estado e sociedade que o constitui confundem-se, podendo

(1) ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, t. I, p. 26, n.º 18.

(2) Sobre tal matéria podem ver-se BRUNIALTI, cit. *Il dir. costit.*, t. I, p. 294 e s.; dr. MARNOCO E SOUZA, obr. cit., n.ºs 173 e s.; E. ARTUR, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, na *Rev. du dr. public*, t. XIII (1900) e s.

sómente por abstracção considerar-se em separado. Também deve atender-se a que a personalidade do estado, recebendo o influxo das demais personalidades individuais ou sociais compreendidas na sociedade constitutiva do mesmo estado, não as aniquila ou absorve, antes sim as mantém em concurso armónico com ela.

A afirmação da personalidade jurídico-política do estado corresponde, como já fica dito, o conceito da soberania. Esta soberania pode ser considerada: — ou na sua orijem, — as forças vitais do estado —, de que ela resulta como uma síntese suprema; — ou nas funções jurídicas do estado e na sua exteriorização, exteriorização que se efectua pelo sistema de órgãos, que desempenham e representam as funções do poder soberano, — os poderes políticos do estado.

Como toda a personalidade, a grande pessoa social, o estado, tem o seu destino. Na prossecução do próprio fim o *estado* desenvolve *toda* a sua actividade.

Estudando porém os modos de ser desta actividade, sob o seu aspecto político, para logo se nos apresentam dois factos distintos na afirmação da respectiva personalidade, na exteriorização da soberania do estado. Este, pensando, *quer*; e *actua*, efectuando o querer: — duas manifestações, ambas concorrentes à realização do fim do estado, e a êsse fim subordinadas, como lei suprema do grande todo.

Funções diversas, elas todavia no período evolutivo da formação e desenvolvimento do estado são durante tempo confusamente exercidas pelo órgão representativo de todo o poder soberano. Mas a sua mais completa diferenciação conduz à constituição de órgãos distintos, melhor adequados ao desempenho dessas funções.

Prosseguindo na realização de um fim comum, também por um necso comum se acham ligadas estas autonomias relativas. Êsse necso, correspondendo à unidade soberana do estado, como esta corresponde à sua unidade jurídica, traduz uma função de coordenação, à qual deve corresponder também um

órgão próprio que a desempenhe: — será o órgão ou poder de coordenação, unitariamente concretizado no chefe do estado.

Assim se vê que a chamada divisão dos poderes não importa para o estado uma correspondente divisão da soberania; mostra apenas que esta, tendo funções variadas a desempenhar, as exerce por órgãos diferentes, pelos denominados poderes do estado. Também no indivíduo órgãos diferentes executam funções diversas, sem que a sua unidade orgânica fique destruída. Á por certo a especialização das funções e dos órgãos, mas á também a sua solidariedade e interdependência e a sua coordenação superior.

Ora nos actos tendentes à realização do fim do estado pode a força que os executa, seja do indivíduo, da sociedade ou do estado, desviar-se da lei que a reje. Daqui a necessidade de um poder, que reconduza aquela força à sua esfera própria de acção. Eis o fundamento da função jurisdicional e do poder e dos órgãos que a exercem e desempenham.

Ficam assim postos os fundamentos da teoria dos poderes do estado.

Teem diversos escritores considerado o poder judicial como um modo de ser especial do poder executivo. Deve porém notar-se, por um lado, que o poder judicial não opera executando a lei, isto é, realizando o acto, que é da atribuição do poder executivo, mas sim fazendo que este poder a cumpra; e, por outro lado, que a função jurisdicional se não prende simplesmente às manifestações do poder executivo, mas sim deve actuar em relação a todos os desvios da lei, partam elles do cidadão, de qualquer força social, de qualquer órgão público do estado.

Reconduzindo o indivíduo, a colectividade, o órgão público ao desempenho normal da sua acção, o que constitui a função característica do poder judicial, é natural que este poder seja antes visto como elemento determinado pelo princípio da coordenação superior, de que já falámos, do que como manifestação de ordem executiva.

Com efeito, podemos dizer que o poder soberano do estado se exterioriza, revestindo, sob um princípio de direcção e ordenação superior, dois aspectos: — um, determinante e impulsor; outro, de restituição e reparação. Neste segundo aspecto o poder actua provocado por factos de negação (actos ou omissões) das funções correspondentes ao primeiro aspecto, funções, que só devem traduzir-se em actos de afirmação.

Na determinação e no impulso, vontade e acção, funções legislativa e executiva, vai o influxo do fim que o estado se propõe. Mas, porque os órgãos ou elementos que actuam no prosseguimento dêsse fim, podem desviar-se da lei que os reje, praticando actos ou incorrendo em omissões, que a contrariam ou desconhecem, necessária se mostra a acção de uma força, que restitua ou obrigue aqueles órgãos à sua acção lejitima; e se em tais factos, de carácter negativo, se ofenderam as esferas de acção de outras forças ou actividades, individuais ou sociais, aquela mesma força impõe a reparação respectiva. Emfim, o que se dá com os órgãos da soberania ou poder político, análogamente succede com as forças individuais ou sociais nas ofensas, positivas ou negativas, de direitos individuais, sociais, ou do estado, que êste, pelos seus órgãos superiores, foi chamado a tutelar.

A função de julgar está pois intimamente ligada á função de coordenação, como elemento manifestamente concorrente ao seu restabelecimento, quando perturbada, e a ela devem corresponder órgãos específicos.

As condições expostas podem encaminhar-nos a dizer que o poder judicial ainda não atinjiu a sua verdadeira constituição.

Do princípio da coordenação deriva também a interdependência e mesmo a interferência recíproca da acção dos poderes, uns nas esferas dos outros, e a de todos nas esferas individuais e sociais existentes no estado, prestando-se mútuo aussílio aqueles poderes. Esta interferência, que denota solidariedade orgânica, não destrói a distinção e autonomia dos poderes politicos e das demais forças do estado.

16. — Limites entre os poderes do estado.

Cada poder, encarnando-se em órgãos próprios, tem a sua vida especial, devendo possuir os elementos necessários ao desempenho da sua missão e o estímulo da sua conservação e da resistência às arbitrarias invasões dos outros poderes. Isto mostra a importância da questão dos limites entre os diversos poderes, embora questão derivada da teoria dos poderes do estado.

A) — Limites entre o poder legislativo e o executivo.

Sabemos que o poder legislativo declara normas jurídicas, que ao poder executivo compete executar. Ora, não só em face desta fórmula geral de que o poder legislativo faz a lei e o executivo a executa, mas vendo ainda praticamente que, segundo as constituições, o parlamento exerce fiscalização sobre os actos do governo, vota os orçamentos e aprova o encerramento definitivo das contas do estado, poderá perguntar-se — se o poder executivo está ou não subordinado ao poder legislativo.

Deve entender-se que o cumprimento da lei, se importa obediência a esta, não envolve subordinação do poder executivo ao poder legislativo, não sendo a execução meramente passiva; e que a ingerência administrativa do parlamento apenas mostra que na assembleia parlamentar a função principal, legislativa, se reúnem uma alta vigilância e uma ingerência política e administrativa, que bem revelam que a distinção dos poderes tem bastante de abstracto e formal e não se ajusta plenamente com a dos órgãos desses poderes, órgãos que em diversos graus reúnem faculdades ou atribuições de funções variadas. Mas não se confundem os dois poderes, nem o executivo deixa de ser autónomo. O parlamento não poderia tolher ao poder executivo, ao chefe do estado ou aos ministros seus delegados, as faculdades que a constituição lhes confere, dando, por exemplo, a uma comissão parlamentar ou a um ditador as funções políticas ou administrativas que àquele pertencem.

Sendo porém a acção do poder *que executa* subordinada à lei, até que ponto vai a acção autónoma do poder executivo? A isto se prende a grave questão da validade e eficácia dos actos do poder legislativo e do poder executivo, ou a questão da *lei e do regulamento*, assunto de que em outro logar nos occuparemos, limitando-nos por agora a dizer que nem a doutrina nem as constituições podem ficar uma precisa linha divisória entre as competências dos dois poderes.

O poder executivo não pode com suas providências e actos exorbitar dos limites designados na lei; se portanto um regulamento estatui normas novas, fora do âmbito determinado pelo legislador, essas normas são inconstitucionais, e, como tais, quando submetidas à apreciação da autoridade judicial, esta não deve observá-las ou dar-lhes applicação.

Se o poder legislativo exerce por vezes, como vimos, funções de natureza administrativa, também o poder executivo por vezes desempenha atribuições de ordem legislativa. Assim, nos casos urgentes e nos intervalos das sessões parlamentares, o chefe do poder executivo pode estabelecer providências desta natureza, desde que não sejam contrárias à constituição, devendo todavia apresentá-las ao parlamento na primeira reunião, para êste as validar.

Outras vezes o poder legislativo delega no executivo a faculdade de legislar. Esta delegação é por alguns escritores considerada legítima, embora a constituição não fale em tal; outros sustentam a inconstitucionalidade da delegação, pois que viola o princípio liberal da distinção e coordenação dos poderes.

Os dois casos apontados só por uma urgente ou extrema necessidade do estado se podem justificar.

B) — Limites entre o poder legislativo e o judicial.

Entre êstes dois poderes é mais simples a questão dos limites. Emquanto que o primeiro faz a declaração do direito por meio de uma norma geral, o segundo desempenha uma função de applicação da lei ao caso concreto, que é chamado a resol-

ver. Daqui deriva que o poder legislativo é geral e que o poder judicial tem valor apenas no caso discutido. O poder judicial não tem a faculdade de aditar, corrigir ou modificar o direito positivo, mas só de interpretá-lo e aplicá-lo a propósito de cada caso ocorrente.

C) — Limites entre o poder executivo e o judicial.

O poder executivo tem presente na execução das leis o bem-estar dos cidadãos e o progresso dos interesses sociais; o poder judicial deve manter-se na estrita aplicação da lei. Diverjem os dois poderes no valor das suas decisões e na forma por que interveem: — os regulamentos e decretos executivos da lei são jerais, a decisão judicial restringe-se ao caso concreto; o poder executivo intervem por si, sem necessidade de solicitação, e o poder judicial só solicitado, em caso de violação de disposições legais ou de controvérsia a tal respeito.

Parece, do que fica dito, que entre êstes dois poderes não deveria aver usurpações ou lutas; todavia a doutrina dos conflitos, de que a seu tempo falaremos, mostra não ser assim (1).

(1) Vej. MEUCCI, obr. cit., p. 46 e s.; ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 44 e s.; BLUNTSCHLI, obr. cit., p. 73; SAILER, obr. cit., cap. 2.º; HAURIOU, obr. cit., p. 10 e s.; etc.

TÍTULO II

Determinação da ciência

CAPÍTULO I

**Administração
e direito administrativo**

SECÇÃO I

Actividade do estado; suas espécies**17. — Actividade jeral do estado.**

No estado a população não é uma simples juxtaposição ou soma material de indivíduos, como já notámos. Antes de definitivamente se constituir o estado, outros agregados menores se organizaram, pressupondo todos êles a existência de relações entre os indivíduos, ou relações sociais. Despertadas pelas necessidades humanas, sempre crescentes e mais variadas, aquelas relações sociais tomavam direcções diversas, conforme as necessidades que se propunham satisfazer, constituindo forças sociais, dotadas de vida e actividade. As forças individuais eram o elemento activo daquelas relações.

Se a biolojia pode, por força de abstracção, estudar e considerar o omem só, independentemente dos seus semelhantes, é também certo, como nota STEIN (1), que não á nem pode aver ser algum vital, que, considerado em si, a si mesmo baste; e, como diz ORLANDO (2), nem todos os esforços subjectivos po-

(1) Obr. cit., p. 6.

(2) *Princ. di dir. costit.*, cit., p. 14 e 15.

dem chegar a tornar o próprio pensamento independente das influências sociais, as quais imprescindivelmente o determinam.

Constituído o estado pela acção acumulada de todos êsses elementos, agregados e fôrças, satisfazendo a uma nova ordem de necessidades, com funções e órgãos próprios, não importou a sua constituição o desaparecimento ou aniquilação daqueles elementos e fôrças, daquelas relações, daqueles agregados.

Somos assim encaminhados à compreensão do conceito da actividade jeral ou total do estado. Se o estado surtiu com a necessidade da afirmação coactiva do direito pela constituição de um poder social específico, por um mais complexo modo de ser do poder público; mas, se o estado envolve todos aqueles elementos, de que acabamos de falar: — a actividade do estado não se traduz unicamente em manifestações providas do seu organismo juridico-político; ela compreende outrossim todas as energias desenvolvidas por aqueles indivíduos e agregados, por aquelas fôrças individuais e sociais.

Só com esta compreensão, e sendo o estado a mais complexa das sociedades humanas, o conceito da actividade do estado corresponde à actividade de toda esta sociedade, ao conjunto das manifestações de vida de todo êste organismo.

É esta a *actividade jeral ou total do estado*.

18. — Actividade política do estado.

Acabámos de dizer que o estado surtiu com a necessidade da afirmação coactiva do direito pela constituição de um poder social específico. É êste o poder soberano ou poder político do estado. E eis um outro aspecto sob que pode ser estudada a actividade do estado.

Como pessoa viva, que pensa, quer e opera em relação ao fim que se propõe, em qualquer dessas fases o estado manifesta a sua vida por actos a ela correspondentes; e assim, quando consideramos o estado nas manifestações do seu poder soberano, ou na sua organização política, tudo o que o estado

faz ou opera mediante essa organização poderá denominar-se a *actividade politica do estado*.

E como a soberania do estado se exterioriza em actos dos diversos poderes políticos, a actividade politica do estado se desdobra em actividade legislativa, executiva, judicial e coordenadora, conforme os fins dessa mesma actividade, porque é ao fim que a função corresponde, e é antes a função que o poder o que caracteriza a espécie de actividade (1).

19. — Actividade jurídica e actividade social do estado.

Investigando as origens do estado, reconhecemos como uma causa determinativa da sua existência a necessidade da vida jurídica da sociedade, manifestada em a norma ou lei e na tutela da lei ou garantia da sua observância.

Mas, correspondendo a lei à determinação das condições de existência julgadas necessárias em um dado estádio do movimento social, o direito terá de compreender, além destas condições, as que tornar necessárias um ulterior progresso; assim se dá a *explicação continua do direito*. Esta explicação como observa PÉRSICO, referido por SAILER (2), não tem efectividade senão quando está estabelecido e assegurado o exercício do direito anterior; e, dêste modo, a tutela do direito é mais uma condição necessária ou premissa do fim do estado do que o próprio fim.

Constituindo a tutela do direito e a explicação do direito modos de ser da *actividade politica* do estado, podemos dizer que um dos aspectos dessa actividade é o aspecto juridico, e assim chegamos a compreender uma *actividade juridica do estado*.

Mas basta uma simples observação dos estados modernos para desde logo ver que elles se propoem outros fins e de

(1) Quanto a estas espécies de actividade do estado, vej. SAILER, obr. cit., n.º 18 e notas respectivas.

(2) Vej. SAILER, obr. cit., n.º 18.

outra natureza e que desenvolvem uma outra actividade bem diversa daquela actividade jurídica. Limitar-nos-emos aqui a dar uns traços jeraís. Quando vemos os poderes públicos desenvolverem providências para promover e melhorar a agricultura e a indústria, construir e manter estradas e caminhos de ferro, regulamentar instituições bancárias, estabelecer caixas económicas, institutos de socorros mútuos ou de protecção às classes necessitadas, escolas, etc., em todos êstes casos não se poderá de princípio dizer que o estado mantém o direito entre os seus cidadãos, nem mesmo que a ordem jurídica seria perturbada, se o conseguimento dêsses fins fôsse deixado à livre iniciativa dos particulares. O estado intervém aqui nas relações sociais pela acção do seu poder político, ampliando assim as suas funções com esta injerência social, não tanto para regular juridicamente essas relações, como porque às mesmas relações isso convém, e para promover o bem-estar, a riqueza, a cultura do povo, o equilibrio e a paz entre as classes sociais.

Ligada pois à distinção abstracta da sociedade e do estado, vemos que êste, injerindo-se pela acção dos seus poderes públicos nas relações sociais, desenvolve uma outra actividade, que não a estritamente jurídica, de que falámos, actividade que, prendendo-se especialmente às manifestações próprias da vida social, origina uma *actividade social do estado*.

A intervenção do estado nas diversas manifestações da vida social apresenta-se nos estados modernos com uma acção constantemente progressiva. E por certo que para esta expansiva injerencia social tem contribuído a moderna orientação científica, que anima as ciências sociais e em especial a ciência do estado ou politica, com a aplicação do conceito ou critério orgânico(1). Mas, envolvendo o conceito do estado moderno o de sociedade, a injerência social do estado pode abstractamente

(1) POSADA, cit. *Trat. de der. admin.*, t. I, p. 35.

compreender-se como tendo um campo próprio, além do qual ela já não é uma exclusiva injerência social, e sim passa também a constituir conteúdo da função jurídica pela convertibilidade em lei dos efeitos da elaboração social (1).

20. — Actividade patrimonial do estado.

Nos dois números anteriores considerámos o estado sob o aspecto público; mas o estado também pode ser encarado como uma pessoa moral de direito privado em virtude da sua jerência patrimonial, a qual, quer pelas suas manifestações, quer principalmente pelo seu conteúdo, não difere da jerência patrimonial das pessoas particulares.

Como pessoa de direito privado, o estado é proprietário de bens, capitalista, ou industrial, adquire por sucessão lejitima ou testamentária, arrenda, compra ou vende, tem créditos ou débitos, etc. Tais factos não são do campo do direito público, mas sim do domínio do direito privado.

Na prática destes actos o estado desenvolve uma actividade, que se pode denominar patrimonial (2). A circunstância de que nêles aparece sempre o interêsse público, visto que a boa ou má jerência patrimonial aussilia ou prejudica as condições financeiras da administração do estado, matéria de interêsse público, não é razão bastante para os excluir da applicabilidade do direito comum. Seria criar para o estado, relativamente aos súbditos, uma condição privilegiada a respeito de actos, em que o estado figura como um particular qualquer; assim succederia, por exemplo, se variassem as normas reguladoras de recíprocas servidões de dois prédios contíguos, quando

(1) Vej. ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 23, n.º 23; FERRARIS, *Saggi di scienza dell'amministrazione e di economia politica*, Torino (ERMANN LOESCHER) 1879, 1.º ensaio; SAILER, ob. cit., n.ºs 1 e 17 e seg.; CAVAGNARI, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Firenze, (G. BARBÈRA), 1890, p. 15 e s.; *La législation sociale en Italie*, na *Rev. du dr publ.*, t. II, p. 286.

(2) Cit. *Primo tratt. di dir. amm. ital.*, t. I, Intr., n.º 47.

deixasse de ser o proprietário de um dêles um particular para o ser o estado.

Não se confundirá porém esta actividade patrimonial com a actividade social do estado?

ORLANDO procura distinguir do seguinte modo a actividade patrimonial da actividade social. É certo que, na jeneralidade dos casos em que o estado cria serviços para promover o bem-estar público, o conteúdo de tais actos tem analogia com outros de direito privado: assim, nos serviços postais o estado pode assemelhar-se a um recoveiro, e as diversas relações com os cidadãos, que se aproveitam de tais serviços, corresponderão às derivadas do contrato de transporte; o mesmo se deve dizer dos caminhos de ferro de conta do estado; a instrução pode constituir uma indústria particular. Mas estas analogias cedem à substancial diferença do fim, diferença que não pode deixar de influir no modo de classificar juridicamente o acto. Por direito privado o fim do acto é o interesse particular, quer directamente do sujeito que opera, quer de outrem em favor de quem opera (1). Na actividade social porém o estado não é determinado por uma mera vantagem económica, mas sim por um interesse público, — o de aussiliar uma determinada relação social. E isto tanto se dá com os serviços cuja despesa é paga pelo fundo jeral financeiro do estado, como com aqueles em que o cidadão que dêles se aproveita paga um quantitativo respectivo, o qual aqui não reveste a natureza juridica do *do ut des*, mas sim toma o nome característico de *taxa*, podendo citar-se como exemplos os serviços telégrafo-postais, quanto ao custo da transmissão ou à estampilha de franquia, a instrução secundária e superior, quanto às propinas de matricula, etc. Assim, nesta forma de actividade social do estado, êste nem aparece como soberano, nem tão pouco se apresenta como sujeito de direitos patrimoniais, ou como

(1) Vej. cit. *Primo tratt.*, t. I, p. 76, not. (2).

um património considerado como sujeito de direitos; êle mantém-se como a própria sociedade para os fins de interesse público, embora a natureza especial das funções, que em tal caso desempenha, não importe exercício de direitos soberanos, mas o desenvolvimento da força social que de várias fontes se concentra no estado (1).

SECÇÃO II

Administração

21. — Posição do problema.

Aos modos de ser da vontade do estado correspondem as funções legislativa, executiva e judicial, esta quando determinada pelas exigências do princípio de coordenação; e porque, atendendo bem, compreende-se que a legislação *quere*, impera, determina, mas não *opera*; que a justiça *sentencia*, declara, mas não *opera*, e que, enfim, à execução cabe propriamente a função de *operar, obrar, jerir*: — daqui deriva um sentido especial e restrito da expressão — *actividade do estado* —, ligada à idea da realização, por actos, dos fins do estado.

Aqui começa de aparecer o conceito de *administração*, porque o estado, operando, jerindo, *administra*. Mas também de pronto aqui surjem as divergências fundamentais e as mais variadas opiniões.

Se o estado, praticando certa ordem de actos, administra, se tem uma *actividade administrativa*, — será na vida do poder executivo, e só dêste, no funcionamento dos órgãos que o compõem, e em todos os seus actos ou só em alguns, que se encontra a actividade administrativa do estado?

Se o estado tem uma actividade administrativa, — derivará ela, de uma *função administrativa*, distinta das demais, e á qual correspondam órgãos, que constituam ou devam constituir um *poder administrativo* autónomo?

(1) Vej. ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, t. I, Intr., n.^{os} 47 e 49.

Qual o critério científico para a determinação dos fenómenos administrativos de entre a série dos factos da vida do estado? O que é que caracteriza especificamente o conteúdo da actividade administrativa do estado?

Tal é o problema.

22. — A antiga escola clássica.

A antiga escola clássica, nascida na França no primeiro quartel do século XIX, e daí espalhada por quasi toda a Europa, baseia-se no principio da divisão dos poderes, considerando a administração como uma dependência do poder executivo ou uma das formas por que esse poder se manifesta⁽¹⁾; o conceito da administração deriva do estudo das attribuições do poder executivo.

Para dar uma idea da doutrina da escola francesa, extrairemos dos já referidos *Principios e instituições de direito administrativo*, começados a publicar pelo sr. dr. LARANJO, o que julgamos bastante.

Depois de ter classificado as funções do poder público em funções *política, legislativa, executiva e judicial* e de attribuir aos poderes moderador, legislativo e executivo a função política, — direcção dos interesses jeraes do país —, diz o sr. dr. LARANJO que, além da parte importante que tem em tal função, ainda o poder executivo tem duas funções muito distintas: — a da applicação das leis de interesse público —, e outra, de iniciativa própria, — a de velar pela manutenção do direito e do interesse social; e procurando determinar a área da administração e por ela a da ciência administrativa, parte das relações do poder executivo com os outros poderes e da acção própria daquele poder. Assim mostra que as funções do poder executivo em relação ao poder legislativo, judicial e político são *acção administrativa*. Mas não pára aqui a amplitude

(1) Vej. BONNIN, *Abrégé des principes d'administration*, Paris (Amable-Costes), 1829, Prefácio e liv. I.º, § 1.º

desta acção: «o poder executivo, acrescenta o sábio professor, é obrigado também a prevenir, quanto seja possível, os males de qualquer ordem no que elles contrariam os interesses publicos, e a remedial-os, quando lhe não fosse possível prevenil-os ou evital-os; é obrigado, além d'isso, a harmonisar os diversos interesses particulares com o interesse publico, não levando porém o sacrificio d'aquelles interesses além do estritamente necessario para se harmonisarem com este. Todas estas funcções são ainda acção administrativa. As aggregações publicas locais têm também funcções analogas a estas, que constituem ainda acção administrativa. É pois vasta e tem muito de discrecionaria a acção administrativa; e, attendendo á sua natureza intima, póde classificar-se nas seguintes funcções:

«1.^a Funcção juridica ou de policia, que consiste em a administração vigiar ou limitar a liberdade dos individuos no uso das suas faculdades e das cousas, harmonisando-a com o direito e o interesse de todos.»

«2.^a Funcção economica ou de gestão, que consiste em a administração realizar aquelles serviços e obras que, por serem de utilidade commum, não podem ou não devem ser feitos pelos particulares.»

«3.^a Funcção moral ou de auxilio, que consiste em a administração auxiliar, em virtude da solidariedade social que existe entre os membros todos d'uma nação, aquelles que pelas suas poucas forças ou da sua familia ou por circumstancias accidentaes não podem sustentar-se sem esse auxilio».

«4.^a Funcção de progresso ou de iniciativa e direcção, que consiste em a administração iniciar e attrahir a sociedade para todos os melhoramentos intellectuais necessarios e compatíveis com as suas forças, contribuindo para a sua realisação directa ou indirectamente».

Em seguida o sr. dr. LARANJO, comparando a administração com o direito administrativo, mostra que êste tem uma área menos extensa do que a administração, pois que «o direito

administrativo, considerado sob os dois aspectos, theorico e legal, estuda a organização racional e legal das instituições administrativas, a lei que a administração tem de applicar, e nada mais; ao passo que a *sciencia administrativa* tem tambem de estudar os conhecimentos necessarios para applicar essas leis e para se dirigir convenientemente, sempre que a intervenção da administração seja necessaria». E conclui, definindo a ciência da administração — «o cunjuncto de principios que determinam e organisam as instituições administrativas, definem a extensão e natureza da acção da administração, e o modo de a applicar convenientemente todas as vezes que o interesse social requer a sua intervenção» (1).

23. — As modernas teorias.

O critério seguido pelos escritores da escola clássica na determinação do conceito de *administração* foi sendo abandonado, obedecendo os modernos tratadistas ao influxo de duas causas: — a grande importância que tem adquirido a *acção social* do estado, importância que tende a aumentar sucessivamente, e — a influência renovadora da sociologia, impondo a applicação de processos novos e novas ideas na construção da ciência politica, tomando-se por fundamento a *concepção orgânica do estado* e a diferenciação das funções sociais.

Resumiremos a doutrina de alguns autores, que obedecem à moderna orientação, pelas variantes que apresentam, e porque em volta das suas teorias se podem considerar agrupadas as opiniões dos demais.

A) *Doutrina de Stein*. — STEIN (2) começa por colocar em confronto a constituição e a administração. Observando que,

(1) Vej. obr. cit., n.ºs 2, 4, 6 e 7. Dos escritores portugueses podem ver-se L. P. (dr. LOPES PRAÇA), *Direito constitucional portuguez*, Coimbra (Manuel d'Almeida Cabral), 2.ª parte, vol. II, 1880, p. 5 e s., 81 e s.; LOBO D'AVILA, obr. cit., cap. 3.º, §§ 1.º e 2.º, p. 47 e s.

(2) Para expor a doutrina ou sistema de STEIN recorremos ao referido trabalho — *La scienza dell'amministrazione publica secondo L. Von Stein*, publicado na *Bibliot. di sc. polit. e amm.*, 2.ª serie, vol. I.

se a ciência da constituição, dando por assim dizer a anatomia e a fisiologia do direito público, mostra o que o estado é em teoria e na prática, a ciência da administração cumpre determinar o que este poderoso e vasto organismo do estado *deve fazer*.

Seria um erro limitar o campo da ciência da administração aos officios da administração interna, pois que não poderia exaurir-se no restrito círculo desta administração toda a vasta matéria da acção do estado, tudo *o que o estado deve fazer*.

O próprio desenvolvimento da idea constitucional levou ao justo entendimento do conceito total e unitário da administração. A ciência da constituição conduz, pela participação de todos os cidadãos na formação das leis, ao carácter unitário e universal da vontade do estado; e a legislação, em que esta vontade se concretiza, deve ser considerada um todo orgânico e único. Daqui deriva a necessidade de achar, na grande variedade das funções e organizações de cada uma das partes da administração pública, a *unidade* da idea politica, que nelas opera. Esta unidade, como conceito superior, deve sujeitar todas as partes da administração ao todo, isto é, *todas as leis e todos os organismos administrativos a um conceito plenamente comprehensivo da vida do estado*. Na indagação do que cada uma das partes do organismo administrativo, tais como são dadas pela constituição, *deverá fazer* em conformidade com a vontade universal e única do estado se chega ao conceito completo da administração, visto que ela é justamente *a constituição em acção*.

Esboçado, como fica dito, o seu pensamento jeral, STEIN, para melhor o desenvolver, passa a apreciar o conceito orgânico do estado, do qual segue para a consideração do estado como uma personalidade.

Sendo uma personalidade, o estado deve ter — α) absoluta consciência de si, isto é, o seu *eu*, — β) auto-determinação activa, isto é, a vontade, — γ) uma fôrça que realize no mundo exterior os actos da sua vontade. Mas, como qualquer outra

personalidade, o estado acha-se colocado no meio de uma infinidade de fôrças e de fenómenos, que formam o mundo exterior, e sôbre que êle deve exercer a sua acção. Para se compreender êste processo de exteriorização e de acção do estado sôbre o ambiente, distingue STEIN os dois conceitos de *acto* e *obra*. O acto é o processo em que a personalidade manifesta unicamente a sua auto-determinação, isto é, a sua vontade sôbre o que está fora dela, *sem considerar* se os fenómenos e os entes, sôbre que opera, teem ou não teem direito a uma existência autónoma. O acto torna-se *obra*, quando a vontade, na sua acção sôbre o mundo exterior, tem em conta a natureza, a vida real e as suas fôrças, o direito dos fenómenos sôbre que pretende influir.

A *obra* da personalidade universal, do estado, é o que se chama a *administração*. A idea da *administração* é dada pela idea do *estado operante*. A constituição, qual organismo em si, representa a *vontade* do estado; a administração é a sua *obra*.

Para a idea abstracta da administração se converter em organismo activo, e assim operar de modo concreto no campo da vida real, segue-se um processo, que se funda essencialmente nestes dois elementos: — *a) a vida da sociedade humana*, que se desenvolve segundo leis próprias, e a qual, considerada nas suas relações com a idea da personalidade e nos limites de um dado povo e de uma dada época, podemos chamar a civilização dêsse povo e dessa época, e — *b) a fôrça*, de que o estado, considerado como pessoa universal, autónoma e livre, se serve para subordinar a vida de cada um à vida colectiva. Por êste lado se confunde a doutrina da administração com a doutrina das recíprocas relações entre a organização social e o poder político. O *poder político* é que dá um carácter pessoal à civilização, e, concedendo embora que esta seja sobretudo obra da comunidade social, subordina esta à própria influência e acção em todos aqueles pontos em que isso é necessário para que a civilização continue o seu caminho ascendente.

B) *Doutrina de Ferraris.* — Em face das duas tendências extremas, — a da antiga escola francesa, pela qual o direito administrativo bastava por si para dar conhecimento de todas as matérias da administração pública, e a da escola alemã de STEIN, que proscreve o direito administrativo, substituindo-lhe outras disciplinas, — a das finanças, a do exército e a da administração propriamente dita —, entendeu FERRARIS dever seguir um caminho intermediário.

O direito administrativo poderá subsistir, mas como parte do *direito público interno*, que assim exporá todo o organismo do estado e as matérias jurídicas que a êste se referem. O conteúdo do direito administrativo, desde que se lhe queira conservar o nome, compreenderá assim: — 1.º, o organismo do poder executivo (excluído o judiciário); 2.º, a jurisdição administrativa, compreendidas as matérias jurídicas referentes à administração considerada como pessoa moral e da qual nascem relações de direito com os cidadãos. Para usar de uma fórmula compreensiva do respectivo conteúdo, dir-se-á que do direito administrativo formam objecto só as *personae et actiones*, mas não as *res* da administração pública. Estas dão origem a disciplinas especiais, as quais, sem vínculo de unidade com o direito administrativo, interessam à *política*, à *estatística social* e à *economia social*, e, tendo em conta os seus preceitos, investigam com que meios o estado se torna órgão e instrumento da acção colectiva do povo, e como presta auxílio à sociedade por um progresso ordenado e solícito. Tais disciplinas são: — 1.º, as que investigam os modos como o estado procura os bens económicos e os serviços pessoais (físicos e intelectuais) de que precisa; 2.º, as que investigam como o estado exerce a acção sobre a sociedade para promover o seu desenvolvimento económico, físico e intelectual. As primeiras são a *ciência das finanças*, a *ciência do exército* e a *ciência da jerarquia civil*; as segundas constituem a por excelência denominada — *ciência da administração*.

FERRARIS não inclui na ciência da administração nem a *ad-*

ministração da justiça, nem a *organização judiciária*, objectos de disciplinas jurídicas especiais. Também dela exclui as relações dos estados, como tais, entre si, embora alguns institutos por ela estudados tenham carácter internacional, para não usurpar objectos da *politica internacional*. Igualmente deixa à *politica eclesiástica* as questões sôbre as relações entre o estado, a religião e a igreja, ocupando-se sómente de duas questões eclesiásticas: — a do ensino religioso nas escolas públicas e a das faculdades de teologgia nas universidades; e estas mesmo só de um modo secundário, sob o aspecto apenas da injerência do estado no sistema jeral da instrução.

Não aceita, apesar do que fica dito, a denominação de *ciência da administração interna*, como quer STEIN, por isso que muitos assuntos de que trata, como saúde pública, emigração, vias de comunicação, tratados de comércio, crédito, etc., etc., teem o duplo carácter nacional e internacional; prefere a denominação de *ciência da administração social*, que RÖSLER propõe.

Considerando a *sociedade* como um ente não separado, mas distinto do estado, indaga FERRARIS, excluindo os elementos que dependem do organismo próprio do estado e os ligados ao culto religioso, quais sejam os verdadeiros elementos sociais, e vê que na vida do povo á três organismos, que se entrelaçam e constituem a sociedade no sentido científico da palavra, — o económico, o físico e o intelectual —, os quais correspondem às necessidades sociais dos individuos.

Expondo os caracteres dêsses organismos e mostrando que dêles resultam as classes sociais, que com os seus antagonismos mantem a ajitação na vida do povo e produzem a chamada *questão social*, entende que o estado, como *regulador supremo da vida íntima e órgão da acção colectiva do povo*, deve intervir para manter a justa e necessária distincção das classes, aussiliando as menos favorecidas da fortuna. Estudar onde a sua injerência pode ser útil e onde seria inútil ou prejudicial em cada uma das instituições sociais, — eis o conteúdo

vasto e importantíssimo da *ciência da administração*, e que bem se pode chamar *ciência da administração social*.

Passa depois a expor as linhas fundamentais do sistema.

A ciência da administração investiga primeiro que mais nada os princípios jeraes que dirijem o estado na sua acção social. Ela mostra que o estado, emquanto altas razões de interesse público não requeiram a injerência governativa, deve promover o livre desenvolvimento da actividade individual, destruindo os obstáculos que a embarcem, abolindo, como tem feito, os privilégios de classes e substituindo-lhes a livre associação, a livre vocação, o livre agrupamento dos interesses. Assim, os princípios de liberdade e de igualdade são elevados à categoria de princípios orgânicos da administração social. Mas a igualdade jurídica não basta, porque nas mãos das classes ricas e cultas fica sempre um grande poder, uma superioridade *de facto*, a qual, pôsto não reconhecida juridicamente, é causa de antagonismos e de dependências; é por isso necessário acompanhar a igualdade jurídica da possível igualdade de facto, nos limites impostos pelas inevitáveis distinções sociais. Determinar esses limites é um dos mais árduos officios da ciência da administração. E porque são cada vez mais extensos e complexos os fenómenos sociais, assim também a acção social do estado é cada vez mais extensa e intensa. Para se informar das condições da sociedade e medir o alcance da sua intervenção, tem o estado como meios a teoria administrativa da estatística, os inquéritos e as exposições.

Indica em seguida FERRARIS as partes da ciência, as quais respectivamente denomina — *ciência da administração económica*, *ciência da administração interna* e *ciência da administração da instrução pública* —, conforme se occupam dos fenómenos económicos da sociedade, dos que assentam no organismo físico ou estado da população e seu movimento e dos que prendem com o desenvolvimento intelectual da sociedade.

Chega finalmente ao conceito da *ciência da administração*, definindo-a a — *ciência da acção social positiva e directa do*

estado. Acção, entendendo por esta a intervenção do estado quer por meio da lei, quer por meio dos seus órgãos executivos (administração central, administração local); examinando assim tanto a acção do estado que não é regulada por a lei, que nem sempre pode prever todas as necessidades sociais, como a que se satisfaz com a lei, cuja execução se deixa aos particulares e às associações, como emfim a que é determinada pela lei e se cumpre por meio dos órgãos executivos. Em uma palavra, não se discorre da só intervenção dos órgãos executivos, mas *do estado*, qualquer que seja a sua *forma*, o seu *organismo*, o seu *poder executivo*. *Acção social*, significando assim a injerência do estado na vida económica, física e intelectual da sociedade. *Acção social positiva*, para distinguir a ciência da administração da ciência da policia. *Acção social directa*, para diferenciar a ciência da administração das ciências das finanças, do exército e da jerarquia civil: estas ciências ensinam como o estado, efectuando a obrigação jeral do pagamento dos impostos e applicando a progressão na taxação, instaurando a obrigação jeral do serviço militar e facultando a toda a pessoa culta o ádito aos empregos, pode exercitar uma acção de muita efficácia social; porém, assim como não é tal o fim primário nem das finanças, nem do exército, nem da jerarquia civil, instituições que são as grandes fôrças do estado e teem por tarefa principal procurar-lhe os bens económicos e os serviços pessoais de que necessita, assim a acção social do estado exercida por meio delas é com effeito indirecta (1).

C) *Doutrina de Orlando*. — ORLANDO nos seus *Principii di diritto amministrativo*, depois de criticar as opiniões de diversos autores, conclui por dizer, seguindo LOENING, que ao direito administrativo respeita toda a actividade juridica do

(1) FERRARIS, obr. cit., Primeiro ensaio: *La scienza dell'amministrazione, oggetto, limiti ed ufficio*. CAVAGNARI [*Elementi di scienza dell'amministrazione*, Firenze (G. Barbèra), 1890] adopta a definição dada por FERRARIS da ciência da administração e a divisão sistemática por êste indicada. Vej. também BARBIERI, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Bologna (Nicola Zanichelli), 1888.

estado (menos a jurisdição civil e penal), compreendendo nela a organização da administração e a teoria dos meios jerais de que a administração dispõe; e que tudo o que constitui o conteúdo económico ou social da actividade do estado faz parte da *ciência da administração*, a qual assim fica uma ciência eminentemente social e não jurídica, integrando-se todavia no direito administrativo as formas jurídicas que essa injerência social assume. Assim, ciência da administração é a ciência que estuda o conteúdo económico e social da actividade do estado, relativamente ao fim do mesmo estado (1).

Em trabalho posterior, na Introdução ao *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, ORLANDO nota que, obedecendo à tendência moderna da especialização das ciências, da matéria total do direito público interno se fez a distinção, tornada dominante, entre direito constitucional e direito administrativo. A separação sistemática entre estas duas ciências efectua-se, determinando a existência distinta das duas noções lógicamente autónomas, — a de *constituição* e a de *administração*.

Vendo no estado uma soberania, a qual se manifesta em um conjunto de instituições, que constituem a organização política do mesmo estado, considera direito constitucional o que estuda o estado na sua organização jurídica, a sua soberania tornada efectiva no exercício dos diversos poderes públicos; e, sendo assim o estado como que uma pessoa viva, que pensa, que quer, que pode, será natural perguntar: qual o destino desta força operante, que já se supõe constituída? Nesta passagem lógica da força operante ao *fim*, que ela tem de realizar, está, diz ORLANDO, a justificação sistemática da distinção entre o direito constitucional e o direito administrativo. O estado, considerado no seu ordenamento, dá o conceito de constituição; considerado no seu fim, dá o conceito de administração. E quando se diz *fim* e este se atribui a uma

(1) Cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 20 a 43.

pessoa consciente e dotada de vontade, isto equivale a dizer que ela desenvolve uma *actividade* dirigida ao conseguimento **dêsse fim**. O estudo científico desta actividade, emquanto regulada pelo direito, constitui precisamente o objecto do direito administrativo.

Referindo-se às dúvidas que surjem ligadas ao pensamento de que fora do campo administrativo á também actividade do estado, diz que tais dúvidas são o resultado da não benéfica influência da teoria da divisão dos poderes, devida a MONTESQUIEU. Da idea de administração, no sentido lato de que se trata, deve excluir-se qualquer mecânica separação de poderes. Fala-se da *actividade do estado* e não da actividade ou função de *algum dos poderes do estado*. Para o conseguimento do seu fim o estado desenvolve todas as faculdades de que é capaz: assim o próprio acto legislativo não se exclui dos elementos de que consta a actividade administrativa. Sob êste aspecto, a idea de *administração* não está em antithese com a de *legislação* ou de *jurisdição*, mas sim com a de *constituição*. Apesar porém do reconhecimento desta verdade, entende ORLANDO que o estudo da função legislativa não entra no campo do direito administrativo, porque a legislação constitui uma suprema forma da vontade do estado: e sob êste aspecto ela aparece como um elemento integrante da idea de soberania, sôbre a qual se firma o direito constitucional. Ora o direito administrativo supõe o estado já *constituído* como personalidade: e visto que a legislação constitui um facto decisivo de tal personalidade, bem pode dizer-se que ela faz parte, não da ciência do direito administrativo, mas da que se ocupa da constituição do estado. Emquanto à jurisdição, não pode negar-se que a relação entre esta função e a manutenção do direito é tão íntima, que os dois conceitos se não separam; assim a jurisdição faz parte do conceito de administração e o seu estudo comprehende-se no direito administrativo. Não quer porém sustentar que toda a matéria do direito judiciário civil e penal entre no direito administrativo, embora

seja comum a orijinária idea sistemática e a administração em sentido lato, como actividade tendente à manutenção do direito, compreenda a jurisdição; porque isto não impede que a ordem de conhecimentos relativa a esta última matéria possa constituir uma ou mais ciências autónomas.

Mas, além da actividade administrativa dirigida à manutenção do direito, de que se acabou de falar, ainda a administração pública abranje uma outra esfera de actividade administrativa, derivada da existência de numerosos serviços públicos, em que o estado, como pessoa moral, não difere, na sua jerénia patrimonial, das outras pessoas privadas; em tal caso não se está no campo do direito público, mas sim no do direito privado, e esta actividade patrimonial não faz parte da administração pública, propriamente dita, nem entra no campo do direito administrativo, o qual, como se sabe, é uma derivação do direito público.

Emfim, a observação dos estados modernos mostra uma outra esfera larguíssima de actividade do estado, que não pode comprehender-se nem na dirigida à manutenção do direito, nem na que tem por conteúdo uma jerénia patrimonial: — é a actividade social, da qual ORLANDO fala em termos idénticos aos já expostos, quando distinguimos essa actividade no estado.

Em conclusão, diz ORLANDO que, posta a actividade do estado como o critério jeral determinador da noção de administração pública, da qual pela sua parte surge a ciência do direito administrativo, três bem diversas manifestações de tal actividade se notam: — a dirigida à manutenção do direito e à conservação da paz e da boa ordem na comunidade (*actividade jurídica*); a dirigida à simples jerénia do próprio património (*actividade patrimonial*), e a dirigida a promover a civilização do povo nas suas diversas manifestações de bem-estar físico, económico e intelectual (*actividade social*)(1).

(1) Vej. *Primo tratt. di dir. amm. ital.*, t. I, Introđ., p. 59 e s.

SANTI ROMANO (*Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano (Società Editrice

D) Doutrina de Posada. — Diz ADOLFO POSADA (1) que a acepção, que STEIN e FERRARIS, e em geral os sectários da doutrina administrativa da injerência social do estado, dão à palavra *administrar*, importa uma significação, segundo a qual *administrar* no estado é uma cousa diferente do que é na vida individual, na família, na igreja, em todas as sociedades particulares e até mesmo nas sociedades locais, — municípios e províncias —, quando se fala da sua administração peculiar privativa. É necessário portanto, antes de mais nada, ver se á no sistema da actividade do estado direcção e objectivo análogos aos que justificam a administração em todas as demais esferas da vida. Ora a administração no seu sentido jeral é a actividade subordinada, dentro do sistema de vida de cada pessoa, às exigências que o cumprimento dos fins dessa pessoa impõe, para que ela em todo o caso fique em condições de os cumprir.

Procura depois POSADA determinar a função administrativa no sistema jeral das funções do estado.

Á no estado uma actividade, que se manifesta de uma maneira permanente, mas que não é uniforme nem omojénea; ela importa uma variedade de direcções constantes em si e diferentes quanto ás necessidades fundamentais a que correspondem. Analisando as direcções que necessariamente se deduzem das condições em que á de manifestar-se a actividade do estado, ver-se-á que êste, sem quebrar a unidade superior da sua vida, produz simultânea e sucessivamente as três formas particulares de actividade que passamos a analisar.

Libreria), 1901, p. 1, entende que a função administrativa consiste na actividade concreta com que o estado prosegue os próprios interesses, dentro dos limites do direito precedentemente ou contemporaneamente estabelecido; e acrescenta que a palavra «actividade» é usada em um sentido, que se pode chamar técnico, que exclui a legislação e a jurisdição.

PRESUTTI (obr. cit., Parte jeral, p. 79) diz que a ciência da administração determina os casos em que é necessária a actividade executiva para o consequimento dos fins, que a política designa ao estado e as modalidades de tal actividade, para que com ela se obtenha o mássimo effeito útil com o mínimo esforço.

(1) Cit. *Trat. de Jer. admin.*, t. 1, p. 43 e s.

A primeira manifestação da actividade do estado é a que neste se desenvolve de um modo natural e necessário para o cumprimento do seu fim: — trata-se pois de uma actividade *permanente* e de *imediata determinação*. Ou não existe o estado, ou, a existir, vive para atender pelo esforço espontâneo das suas energias à satisfação da necessidade humana que o justifica, isto é, vive pelo direito e para o direito.

No desenvolvimento do direito é preciso assinalar, ao lado do esforço constante e espontâneo, que a acção jurídica da sociedade supõe, as seguintes fases capitais, que correspondem aos momentos da realização do direito: 1.^a, fase da elaboração interior da regra jurídica; 2.^a, fase da execução ou realização directa do direito; 3.^a, fase da aplicação concreta desta regra ao facto.

Estas três fases capitais na jénese do direito, por obra do estado, são a base de três funções políticas — legislativa, executiva e judicial —, as quais POSADA considera, não como funções específicas e diferenciadas em órgãos próprios — poderes do estado —, mas, em um sentido amplo, como funções de toda a pessoa jurídica e que no estado político se revelam no exercício espontâneo e directo do organismo total do estado. Assim, por exemplo, o direito que resulta do *costume*, e que como costume jurídico reje relações sociais, é obra do estado, embora o não seja dos poderes constituídos.

Mas não acaba aqui a actividade funcional do estado. Á uma segunda direcção dessa actividade, proveniente de necessidades, que são a base da vida transitiva do estado: no estado moderno á, além da vida *interna*, *immanente*, uma vida transitiva, de relação, a qual desempenha um papel muito importante, segundo as condições próprias dessa vida.

O estado relaciona-se com os elementos pessoais, — individuais e colectivos —, que o integram; não no conceito de elementos componentes ou factores da sua vida interna e portanto *colaboradores* da função anteriormente referida, mas no de pessoas substantivas, *sob* o princípio da autonomia.

O carácter distintivo desta função é o de ser uma função *transitiva* do estado, compreendendo a actividade dêste dirigida à manutenção de relações externas.

Esta função é a que mais confusa e indefinida se apresenta na estrutura orgânica do estado moderno, sendo tal confusão causa da indeterminação do conteúdo do direito administrativo. Com efeito, com o predomínio da estrutura constitucional absorvente não é difficil considerar a vida de relações *interiores* no estado (relações com a vida individual, doméstica, municipal, social) como parte integrante da actividade interna do mesmo estado, confundindo-a assim com o *conteúdo* da sua *função jurídica immanente*.

Não se dá esta confusão com outra direcção da actividade do estado, reconhecida como *transitiva* no direito moderno e base de uma função política bem determinada: — a referente às relações *internacionais*.

Mas nem ainda com estas complexas direcções da actividade política se extingue o conteúdo da actividade do estado.

Com efeito, o estado, já considerado como expressão jurídica do todo social, já no sistema das suas funções específicas, tem uma necessidade *suprema*, cuja satisfação é condição do cumprimento do seu fim e do estabelecimento das suas relações: — é a necessidade da sua *conservação*.

O estado, conjunto de instituições políticas, não pode viver sem atender constantemente à sua *conservação* e ao seu *aperfeiçoamento orgânico*; e, como govêrno, o estado supõe, para exercer a sua acção, a existência, nas melhores condições possíveis, de representantes officiais, e além disso o emprêgo de meios materiais adequados para que as funções politicas se tornem effectivas. Ora: 1.º, a preparação dos órgãos politicos compostos pelos funcionários, e os meios materiais, *bens*; 2.º, a conservação dos mesmos, e 3.º, o seu constante aperfeiçoamento, determinam uma nova direcção da actividade do estado encaminhada à sua conservação interior.

A existência de todo êste complexso sistema de órgãos,

condição formal indispensável para o desempenho das funções respectivas, sua constituição, manutenção e adaptação ao meio, de modo que a todo o tempo possam cumprir os seus fins, e assim o parlamento legisle, o govêrno *governe*, os juizes e tribunais julguem, etc., determina no estado, como fica dito, uma nova direcção da sua actividade, distinta pelo seu objecto das que anteriormente examinámos, a qual, no conceito de POSADA, não é senão a *actividade administrativa*.

No rápido ensaio exposto da diferenciação das funções do estado, ao determinar as suas necessidades essenciais, fica notada a que justifica a existência de uma actividade *administrativa*. Sintetizando agora, poderá dizer-se que a *administração*, como função do estado, é a actividade dêste encaminhada a procurar, conservar e aperfeiçoar o organismo (as diferentes instituições), mediante o qual o mesmo estado realiza os seus fins.

Em seguida POSADA nota a necessidade de: 1.º, não confundir a *administração* com o *poder executivo* nem com o seu fim; 2.º, distinguir aquela da acção protectora do estado (*injerência social*). Desenvolve depois êstes pontos e diz que a administração não tem no organismo do estado uma esfera concreta, limitada quantitativamente; não é função dependente de um só poder, abranje *toda a vida do estado relativamente à conservação do seu organismo*, ou seja de todas as suas instituições: — legislativa, executiva, judicial, moderadora e de relações interiores e internacionais.

Resumindo o conceito de administração, conclui POSADA nos seguintes termos: «Depois do exposto, é evidente que a administração tem um objecto próprio, particular, cujo fundamento essencial está na própria necessidade do estado. A *administração* é uma função do estado, sendo indifferente para o caso que a sua existência como tal esteja consagrada e reconhecida *exteriormente*, graças à constituição política de um órgão específico: *poder administrativo*. Além disso, segundo o exposto, a *administração* não se limita *quantitativamente* a

uma esfera particular do organismo do estado : differencia-se *qualitativamente*, e abranje — todo o estado e quanto d'ele depende, relativamente à fundação, conservação e aperfeiçoamento do seu organismo, isto é, relativamente à criação, manutenção e progresso das instituições, mediante as quais o estado realiza o seu fim, e portanto os fins sociais».

24. — Conclusão.

Posta bem patente a diverjência dos tratadistas, quanto ao conceito de administração pública, problema dos mais intrincados que nos oferecem as ciências politico-sociais e cuja solução talvez seja ainda um *desideratum*, recebendo das opiniões exaradas o que reputamos aceitável, iremos indicar em conjunto a doutrina que mais se nos antolha corresponder ao referido conceito no moderno estado constitucional.

Para isso procuraremos : — 1.º, determinar a função administrativa no sistema jeral das funções públicas do estado, e daí a parte da actividade que a ela respeita, ou actividade administrativa; — 2.º, examinar se aquella função deve, como pretende POSADA, corresponder um poder público autónomo, junto dos demais poderes do estado, e — 3.º construir a noção de administração pública e determinar o seu objecto.

A) Função administrativa no sistema jeral das funções públicas do estado e actividade administrativa pública.

CAVAGLIERI (1) é de parecer que toda a actividade social forma objecto da função pública; que tudo o que sai da possibilidade ou da conveniencia da acção individual para ser desempenhado por um agregado de pessoas, quer directamente, quer por delegação em outra ou em outras pessoas, para o conseguimento de um fim, que seja ou pareça ser de vantagem para os elementos que prevalecem no mesmo agregado, entra no conceito de função pública.

(1) *Funzioni pubbliche e atti amministrativi*, Torino (Fratelli Bocca), 1898.

Julgamos exorbitante este conceito. Quando a actividade de um grupo social tem por fim e como efeito exclusivo o interesse patrimonial dos indivíduos associados, essa actividade não traduz uma função pública. Se a traduzisse, a administração pública teria um campo de acção tão extenso como a actividade jeral ou total do estado, apenas excluídas as actividades individuais, singularmente consideradas em si e nos seus efeitos, — o que é inaceitável.

Mas também a administração pública se não adstrinje sómente a manifestações de actividade providas de qualquer dos órgãos constitucionais do poder político do estado. Basta levar a vista por sobre os denominados institutos de utilidade pública, para assim concluir: essas instituições, que no seu funcionamento não constituem parcela da actividade de qualquer daqueles órgãos, exercem também uma importante função de utilidade pública, que entra no largo âmbito da pública administração. Nem mesmo se furtam a uma participação na administração pública do estado as associações ou empresas, que, tendo embora por fim principal ou último o interesse patrimonial, desempenham todavia por qualquer forma serviços de utilidade jeral. E até a propria actividade individual pode assumir aspecto administrativo público, se o interesse público a informa. Em todos estes casos se manifesta a função administrativa pública do estado.

Mas, se são diversas as funções públicas do estado, como se poderá de entre elas discriminar a função administrativa?

Um processo sistemático seria o de recorrer ao estudo jeral da natureza dos fenómenos sociais, investigando a jénese do fenómeno administrativo, estudando os seus elementos constitutivos, para assim determinar o seu carácter específico, a sua função na vida do estado e as suas leis reguladoras.

Algumas tentativas de classificação jeral dos fenómenos sociais tem sido apresentadas; pondo porém de lado os nomes de alguns autores, embora notáveis no aspecto jeral das suas classificações, referiremos apenas os do dr. EMIGDIO GARCIA,

de DE GREEF, e dos srs. dr. AFONSO COSTA e ABÚNDIO DA SILVA, que nas suas classificações dão um lugar determinado ao fenómeno administrativo. Não nos demoraremos todavia na exposição e critica das suas classificações, por isso ser assunto menos próprio do estudo que fazemos, bastando-nos simplesmente, para o nosso intuito, dizer que o dr. EMÍGIO GARCIA (1) dá como conteúdo à administração as condições ou fenómenos de conservação ou persistência das sociedades; que DE GREEF (2), falando de um direito administrativo, não caracteriza o fenómeno administrativo; que o sr. dr. AFONSO COSTA (3), incluindo a *ciência administrativa* nas ciências sociais concretas ou applicadas, diz que a ciência administrativa estuda a estrutura e a vida dos agregados intermediários à família e ao estado, quer sejam de divisão territorial, quer sejam de divisão institucional; que o sr. ABÚNDIO DA SILVA (4) liga o fenómeno administrativo à função directora ou governativa da sociedade.

A simples resenha feita mostra que das doutrinas destes autores pouco de característico podemos aproveitar para a determinação do fenómeno administrativo público. Apenas na teoria do dr. EMÍGIO GARCIA, cronolójicamente a primeira das indicadas, encontramos digno de nota o considerar a administração como ciência das condições de conservação das sociedades.

Procuraremos pois a solução do problema, seguindo por outro caminho.

Pelo estudo anterior sabemos quanto ligada ao território está a idea de estado. Onde o território começa de aparecer como factor componente de um agregado social, aí também

(1) Cit. *Apontamentos de algumas prelecções...*, p. 33 e 64.

(2) *Introduction à la sociologie*, 1.^a parte, Bruxellas (Gustave Mayolez), 1886, p. 177 e s.

(3) *Lições de sciencia economica*, professadas na Universidade de Coimbra em 1896-97, p. 62 e s.

(4) *Uma classificação dos phenomenos e das sciencias sociaes*, Coimbra, 1899.

principiam de surtir com caracteres definidos os conceitos de poder público e de administração pública.

Mas será administração toda a manifestação do poder público?

Vimos que a soberania se exterioriza, desdobrando-se em diversos poderes, que caracterizámos de — legislativo, executivo, judicial, e de coordenação superior —, em face da função específica que respectivamente são chamados a desempenhar. Cada um destes poderes tem o seu modo e processo de funcionar. Não á vida sem acção; não á acção sem processo próprio.

Tudo isto é actividade pública do estado, ou, mais restritamente, actividade do seu poder político.

Se a administração fôsse determinada pela noção da actividade do estado, ou mesmo pela da actividade do seu poder político na manifestação dos diversos poderes do estado, — a administração pública teria um conteúdo, que ainda ninguém pretendeu dar-lhe na primeira hipótese, nem mesmo na segunda, pois que os escritores não envolvem no conceito da administração do estado a acção ou modo de funcionar, pelo menos, do poder legislativo.

Se tomássemos o termo *administração* como correspondente ao trabalho ou processo que um órgão desenvolve ou emprega para o desempenho da função respectiva, diríamos que todo o poder do estado tinha a sua administração peculiar, pois, como já observámos, não á vida sem acção, nem acção sem processo próprio. Não é porém êste o sentido em que aquella palavra se toma para designar a administração pública do estado.

Também de pouco nos pode servir a investigação etimológica da palavra *administrar* (1) para a determinação precisa do conceito de *administração pública*.

(1) Do *Diccionario da lingua portugueza*, publicado em 1793 pela Academia real das ciências, de Lisboa, extraímos as seguintes accepções:

«*Administrar* quer dizer — *governar*; *reger*; *dirigir*, beneficiando, alguma cousa, como a

Creemos que é no seu desenvolvimento histórico, a partir do estabelecimento do moderno estado constitucional, que se poderá apurar o alcance do conceito da administração pública, e assim a determinação da função administrativa no estado. Atendamos à realidade das cousas, para ver o que ao conceito, embora vago, da administração pública se prende no sentir jeral.

Se lançarmos a vista por sobre as manifestações da vida do estado para aí distinguir o seu aspecto administrativo público, — notaremos que este aspecto se nos apresenta desde

fazenda, a republica, etc.; — servir ou exercer algum cargo, officio ou emprego, principalmente publico; — subministrar, dar alguma cousa a alguém, prove-lo ou fornece-lo della».

«Administrar justiça é — exerce-la com exacção, ou fazer que se execute o que é justo». «Administrar justiça a alguém é — fazer-lha, distribuir-lha, differir-lhe conforme a mesma justiça».

«Administrar os sacramentos é — exercita-los ou conferi-los em virtude da ordem sacerdotal».

Segundo o *Diccionario de autoridades* (1726) da Academia espanhola, a palavra *administrar* toma-se jeralmente por oferecer a outro ou servir-lhe alguma cousa, v. gr., o incenso, os sacramentos (*ministrare*); chama-se também tudo o que é servir, como na mesa a vianda ou a compota, ao enfermo o medicamento (*ministrare, propinare, praeberere*); usa-se no sentido de rejer ou governar alguma cousa (*dirigere, gubernare*).

Administrar vem de *ad* e *ministrare*, radical *manus*, mão, e *struo, ere*, colocar, ordenar, dispor (CONSTANCIO, *Novo diccionario critico e etymologico da lingua portugueza*, Paris, 1836).

SANTAMARIA DE PAREDES (*Curso de derecho administrativo*, 5.^a ed., Madrid, 1898, pag. 35) diz que todos empregam a palavra *administrar* no sentido de *aplicar* meios a fins, *executar*, *servir*. Os órgãos do poder executivo formam a chamada administração do estado, porque lhe administram, enquanto *aplicam* seus meios aos seus fins, *executam* o que a lei manda em relação a estes fins, e portanto *servem* à colectividade que constitui o estado total. O conceito do *administrativo* resolve-se no do poder executivo, sem confundir este com o armónico ou regulador, nem com o judicial.

POSADA (Cit. *Trat. de der. admin.*, t. I, p. 19) diz que a idea mais jeral de administrar é a de uma jerência inteliigente, ordenada, racional dos negócios, dos interêsses, da utilidade própria ou alheia da pessoa — individual ou colectiva —, para o efeito de acomodar-se em todas as exigências da vida, como relação de meio para fim, ao *aver* próprio, sábia e prudentemente distribuido, como os fins pedem e os meios o consentem. Diz ainda que no conceito vulgar da administração predomina o aspecto económico, e até o meramente financeiro; vê-se porem que a idea que uma boa administração implica, — segundo o próprio valor etimológico, *ad-ministrare* = *servir a, ser util* —, é não só o efeito económico-financeiro, senão a boa ordem dos serviços, a boa disposição dos meios necessários, até onde chega a possibilidade de obtê-los. Também na linguagem usual se emprega a palavra administrar em relação a uma pessoa, fazendo referência ao modo como regula os meios de que dispõe.

logo na jerência dos serviços públicos dependentes dos órgãos centrais do poder executivo em jeral e dos órgãos das aggregações públicas locais.

Mas, investigando mais detidamente, outrossim notaremos que diversos órgãos da vida administrativa do estado desempenham também actos concernentes aos outros poderes políticos. Assim, por exemplo, a administração actua pelas eleições na formação do órgão legislativo e pela nomeação dos juizes na organização do poder judicial; ela fornece os meios para a sustentação dos órgãos de coordenação superior, legislativo e judicial e estabelece as condições materiais do seu funcionamento (edifícios, etc.); ela garante, até com o aussilio da força pública, quando necessário, o exercício regular das funções dêsses poderes.

Esta acção da administração pública em relação aos diversos poderes do estado não importa a quebra da autonomia própria de cada um dêsses poderes. O princípio da coordenação e a recíproca solidariedade justificam o mútuo aussilio, que se prestam.

A interferência recíproca dos poderes do estado dá-se a cada passo: o executivo nomeia, como já dissemos, os majistrados judiciais; o legislativo examina as contas da jerência administrativa do estado e fiscaliza os actos do executivo; etc.

Mas, se em relação aos poderes de coordenação superior, legislativo e judicial a acção da administração pública corresponde a uma função aussiliar, é ela factor integral do poder executivo, indispensável ao próprio funcionamento dêste poder e à realização directa dos seus fins.

Isto não importa todavia a afirmação de que no conceito da administração pública entrem todos os actos emanados do poder executivo. Bem assim á actos, que, embora provindos de outros poderes do estado, entram pelos seus caracteres na esfera própria da função administrativa.

Considerando no estado as três funções — lejislativa, jurisdicional e administrativa —, tem-se últimamente pretendido

que por a *função administrativa* o estado pratica *actos jurídicos* propriamente ditos, isto é que, actuando, nos limites fixados por o direito objectivo, cria situações jurídicas subjectivas. Dêste modo todo o acto administrativo terá os requisitos de um acto juridico, isto é, corresponderá a uma manifestação da vontade do estado ou de outra pessoa de direito público, feita, nos limites fixados pelo direito objectivo, com o fim de criar uma situação de direito subjectivo. Tal é o modo de ver de DUGUIT(1).

Fala-se assim do acto jurídico propriamente dito, do acto jurídico *stricto sensu*, que é sempre um acto individual e concreto. Ora, além de que a administração procede em diversos casos por actos de carácter jeral, o que por agora poremos de lado, para não ventilar aqui a questão do aspecto formal ou material de tais actos, muitos outros actos ou operações materiais á, que a função administrativa compreende, os quais nem são por si mesmos actos jurídicos, embora se não furtem ás disposições superiores do direito, nem conteem uma manifestação de vontade com o fim de produzir um efeito de direito, tais são os actos relativos a operações militares, ensino, trabalhos públicos, etc.

Em verdade, á actos dêstes que entram na esfera da actividade administrativa do estado e que não são actos jurídicos *stricto sensu*. E isto mesmo é reconhecido por o escritor referido, o qual, para sustentar a opinião antecedentemente emitida, declara que tais operações materiais entram na administração compreendida no sentido jeral, mas não na administração no sentido juridico(2).

B) *A questão de um poder administrativo autónomo.*

POSADA(3), procurando determinar os caracteres da função

(1) DUGUIT, *Droit const.* cit., p. 43, 147, 208 e s. Vej., do mesmo autor, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, na *Rev. du dr. public* cit., t. XXIII, 1906, p. 413.

(2) Vej. DUGUIT, cit. *Dr. constit.*, p. 185.

(3) Cit. *Trat. de der. admin.*, t. I, p. 212.

administrativa, diz que esta, sob o seu *aspecto orgânico*, se apresenta como ordem de funções e de serviços armónicos, tendo unidade, variedade e sistema; sob o *aspecto jurídico*, se manifesta conforme as exigências racionais a que corresponde, subordinada à lei do direito; e sob o *aspecto político*, orijinando-se nas necessidades do estado por uma forma normal e contínua, surge do próprio estado, e assim nas suas manifestações reveste o carácter da soberania, sendo ou tendendo a ser um *poder do estado*.

É sob êste aspecto político que assenta a discussão sobre se a função administrativa corresponde ou não a um poder especial do estado.

Uma tal discussão está ligada, é claro, à mais jeral da enumeração de todos os poderes do estado. Posta porém esta de lado, ainda aquella, — se a função administrativa deve corresponder um poder do estado —, tem especial importância; pois que o carácter que assume a função administrativa, considerada como *atribuição* de um dos poderes do estado, não pode confundir-se com o que reveste, considerada como função de um poder em si, distinto dos outros, com órgãos exclusivamente destinados ao cumprimento dos seus fins jurídicos e sociais.

Para que uma das funções do estado possa assumir os caracteres correspondentes a um poder existente em si, é necessário que o complexo dos actos que ela abranje represente um conjunto bem determinado e um todo orgânico distinto dos actos respectivos às outras funções; e que além disto tenha uma esfera de acção, na qual a referida função desenvolva livremente a sua actividade.

Ora se atentarmos na função administrativa em si, isto é, como uma das partes da actividade do estado, não vemos como ela deva constituir um poder distinto. Seria necessário que o órgão destinado à função administrativa fôsse de todo independente e livre nos seus actos; e, para isso, indispensável era que tivesse uma finalidade exclusiva, que lhe permi-

tisse o não desviar-se do caminho que é chamada a percorrer. Se o órgão destinado a desenvolver a actividade administrativa do estado é ao mesmo tempo destinado a desenvolver uma outra função, seja ela embora indispensável ao fim último do estado, sem dúvida que é para temer que a finalidade de uma das duas funções possa ser desviada em benefício da finalidade da outra e tornar-se arma perigosa dela. Pode succeder que o poder executivo, que é órgão destinado a desenvolver actividade política e administrativa no estado, disponha desta em serviço daquela, com grave dano dos cidadãos. E realmente assim tem succedido muitas vezes.

Se a finalidade política e a administrativa não podem facilmente andar de acôrdo, é indispensável, para que uma não sirva de fim à outra, que as duas funções do estado sejam colocadas nas condições de procederem livremente, uma distinta da outra. E, porque a função administrativa é a mais facilmente exposta ao perigo, é necessário tutelá-la de modo que consiga sem obstáculos a sua finalidade.

Mas para isto será preciso criar um outro poder, o poder operante, como pretendia ROMAGNOSI? Será necessário um órgão perfeitamente distinto dos outros e singularmente preposto ao desenvolvimento desta função, como conclui POSADA? Ou bastará que tal função seja revestida de garantias tais que possa evitar abusos e desvios? Isto cremos.

É certo que os actos de índole administrativa, embora produzidos em uma esfera de acção distinta da reservada aos actos de govêrno, conservam muitas vezes o cunho da autoridade do estado, aquele carácter de soberania ou império, sem o qual nem sempre seria fácil a sua execução.

Este cunho de soberania fez nascer a idea de classificar a função administrativa entre os poderes do estado. Atendendo porém ao modo como se desenvolve a função administrativa, ao órgão de que ela principalmente promana, reconhe-se que a sua existência está estreitamente ligada à existência do poder de que se pretende separá-la. O poder executivo desenvolve

a sua acção por dois modos: com a execução das leis e com o prover à conservação e ao aperfeiçoamento do estado. Ora estas duas funções, que formam toda a vida do poder executivo, estão tão ligadas entre si, teem tantos pontos de contacto, requerem um tão recíproco acôrdo, que o separá-las importaria um ataque à sua existência.

Sem dúvida, o estado, ou melhor o govêrno, quando pratica um acto de índole administrativa, exercita um poder; mas seria um êrro acreditar que êste poder nada tenha de comum com o outro em nome do qual o govêrno procede à execução das leis. Um e outro, tomados conjuntamente, representam aquele poder do estado a que é conferido o direito de operar, o direito de tornar concreta e visível a vontade do estado, seja ordenando a execução das leis, seja providenciando em relação aos meios indispensáveis à vida do mesmo estado.

A idea de querer fazer corresponder a cada função um órgão especial não satisfaz às exijências da doutrina nem às da prática: não às da doutrina, porque não repugna ao nosso espirito que um mesmo órgão desempenhe funções diversas; não às da prática, porque os factos mostram justamente o contrário. Assim, por exemplo, o poder executivo, além de desenvolver a actividade administrativa, que nos ocupa, desenvolve também actividade política, económica e social, e todas conjuntamente representam as faculdades de que êle é dotado e mediante as quais concorre para o crescente aperfeiçoamento do todo, a que pertence. Também o poder legislativo, além da discussão e votação das leis, desempenha, como já vimos, a importante função de examinar os actos do govêrno; e assim, segundo aquella teoria, dir-se-ia que não era o poder legislativo, mas sim um poder inspectivo, que exercia aquella função, o que seria um êrro. O poder, por meio do qual o estado manifestou a sua vontade, tem também o direito de verificar por que modo essa vontade foi executada por o outro poder par êsse fim destinado: tal é o fundamento juridico da inspecção parlamentar, a qual, representando uma função distinta da

função legislativa, a esta se liga pelo princípio jurídico que a ambas dá vida, — a manifestação da vontade do estado.

Por o modo exposto combate IGNAZIO TAMBARO (1) a teoria de um poder administrativo apresentada por POSADA.

C) Noção de administração pública e seu objecto.

Das considerações expendidas nas páginas anteriores ressaltava a dificuldade, se não talvez a impossibilidade, de resumir em uma fórmula sintética o conteúdo da administração pública, tão variada e complexa é a sua acção.

Sujeita a futuras correcções, damos todavia a seguinte noção: — *Administração pública é a acção que o estado desenvolve na formação, conservação e aperfeiçoamento do organismo público, na aquisição e distribuição dos meios de vida e de funcionamento desse organismo, e na directa realização dos fins públicos do mesmo estado.*

O conjunto sistemático de princípios e teorias relativos a esta acção constitui a ciência da administração pública.

Na fórmula anterior vai a indicação jeral do objecto da administração pública.

Em face dela poderemos dizer que a administração pública compreende: — a acção dos órgãos centrais do poder executivo que, correspondendo à função executiva no estado, não traduzam direcção superior governativa; a acção dos agentes delegados daqueles órgãos centrais; a acção das entidades representativas das circunscrições locais (autarquias territoriais), a acção dos institutos públicos e de utilidade pública (autarquias institucionais), e ainda a de outras pessoas colectivas, e até individuais, no que tenha de pública utilidade.

Não entram no conceito da administração pública nem os actos do poder legislativo, nem os do poder judicial, no que respeita à razão determinadora das respectivas funções. O poder legislativo estabelece as leis em vista dos fins do estado,

(1) *Le relazioni fra la costituzione e l'amministrazione*, Parte primeira, Napoli (Presso G. Regina), 1898.

mas não realiza êsses fins. O poder judicial actua em vista da inacção ou desvio da função executiva ou administrativa ou das fôrças individuais ou sociais, determinando-as à acção ou reintegrando-as no seu campo de acção positiva; os seus actos são de ordem indirecta e mesmo despertados, em jeral, por factos que correspondem a uma negação do conteúdo próprio da função administrativa ou dos preceitos jurídicos do estado. Correspondendo a um dos aspectos, como vimos, do princípio de coordenação da acção dos poderes do estado, a função judicial perderia êsse carácter, se constituísse conteúdo de qualquer parte da administração. Todavia a função judicial não é indiferente à vida administrativa pública; porque na sua missão restituidora e de reparação actua junto de qualquer órgão ou fôrça da administração do estado, que na sua actividade desconhece a missão que tem a desempenhar.

SECÇÃO III

Direito administrativo

25. — Formação científica do direito administrativo.

O direito administrativo como ciência é de formação moderna. Podendo o direito administrativo ser considerado sob o duplo aspecto de legislação e de ciência, é certo que, quanto ao primeiro aspecto, êle é de todas as épocas, coincidindo a sua história com a história dos estados, porque jamais ouve estado sem instituições ou regras de administração. Esta asserção é confirmada por todos os que teem investigado as instituições jurídicas das antigas sociedades políticas: F. LAFERRIÈRE(1) cita exemplos de normas administrativas do direito romano; e SERRIGNY, em um trabalho curioso(2), estu-

(1) *Cours de droit public et administratif*, 5.^a ed., Paris (Cotillon), 1860, t. I, Introd., p. xviii.

(2) *Droit public et administratif romain*, Paris (Aug. Durand), 1862, t. I, Introd., p. 1 e s.

dando a sociedade romana desde Constantino até Justiniano, chega a dizer que nos códigos teodosiano e justiniano e nas *Novellas* se encontra a fonte de quasi tudo o que na legislação francesa do seu tempo entra no direito administrativo. Isto porém não destroi a afirmação de que é de moderna data a formação científica do direito administrativo; como conjunto sistemático e autónomo de doutrina mal conta um século. E concordando com ORLANDO (1), longe estamos de pensar como HAURIOU (2) que a sua evolução possa considerar-se quasi terminada.

As fases históricas do aparecimento e evolução da ciência do direito administrativo actuaram profundamente nas definições da mesma ciência, produzindo-se tendências entre si muito diferentes, como são as das escolas francesa e alemã.

A utilidade de percorrer aquelas fases históricas opõe-se a índole do nosso trabalho. Podem todavia ver-se sobre este ponto MEUCCI (3), FRANCONI (4), HAURIOU (5), ORLANDO (6), etc.

Passamos simplesmente a examinar os fundamentos principais ou elementos predominantes, que tem sido tomados para base das definições do direito administrativo, estabelecendo diversos grupos delas. Advertiremos porém que estes agrupamentos não implicam uma distinção radical nas definições respectivas, avendo algumas que podem ser colocadas em mais de um grupo (7).

A) O critério das leis administrativas.

Compreende este grupo os tratadistas, que tomam como fundamento das definições, que dão, de direito administrativo

(1) Vej. *Primo tratt. cit.*, t. I, p. 43, not. 1.

(2) Obr. cit., ed. de 1893, p. 32.

(3) Obr. cit., p. 13 e s.

(4) Obr. cit., parte 1.^a, cap. 1.^o

(5) Obr. cit., p. 31 e s.

(6) Cit. *Primo tratt.*, t. I, p. 43 e s.

(7) Vej. dr. VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1906. O illustre director do tribunal de contas do Rio de Janeiro desenvolve o assunto na cap. III do seu erudito trabalho.

o critério das leis administrativas: consideram êles o direito administrativo, já como mero direito positivo, como conjunto de leis ou disposições do poder público, já como conjunto de normas ou regras imperativas, se bem que fundadas em princípios jeraes.

Na história da formação científica do direito administrativo é este o critério originário; na França assim nasceu esta ciência, como sistematização e comentário da jurisprudência; e este impulso continuou, substituindo-se apenas a exejése directa da lei às glossas, às sentenças ou decisões. Esta orientação francesa foi acolhida na Bélgica, na Itália e na Espanha, sendo ainda seguida por escritores modernos (1).

(1) VIVIEN (*Études administratives*, 1.^a ed., Prefácio, p. 5, citado por POSADA, no seu *Trat. de der. adm.* cit., t. I, p. 26) concebe o direito administrativo como tendo por objecto o estudo do conjunto de leis que constituem a base e a regra da administração de um estado determinado.

BATBIE [*Traité de droit public et administratif*, Paris (Cotillon), 1862, t. II, p. 281], attribuindo à administração a jerência dos interesses comuns, quer a todos quer a um número notável de cidadãos, por as forças d'estes não poderem dar-lhes satisfação, diz que o direito administrativo é a reunião das leis positivas, segundo as quais deve mover-se a acção administrativa, ou o conjunto de regras que rejem os direitos das partes nas suas relações com a acção administrativa. Vej., do mesmo autor, *Précis du cours de droit public et administratif*, 3.^a ed., Paris (Cotillon), 1869, p. 4.

DUCROCQ [*Cours du droit administratif*, 6.^a ed., Paris (Ernest Thorin) 1881, t. I, p. 3; 7.^a ed. cit., t. I, p. 3] diz que o direito administrativo é o conjunto dos princípios e das regras que derivam das leis de interesse jeral e das que presidem ao funcionamento de todos os órgãos, não judiciários, do poder executivo, encarregados da sua aplicação.

DE FOEZ [*Le droit administratif belge*, Tournai (H. Casterman) 1859-1866, cit. por ORLANDO, *Primo tratt.* cit., t. I, p. 53, not. 3] entende que o direito administrativo é o corpo das leis que determinam a organização do poder encarregado de administrar, a jerarquia dos funcionários ou agentes que o compõem e as normas que êles devem seguir ou aplicar no exercício das suas attribuições.

SCOLARI (*Diritto amm.*, Pisa, 1866, p. 28) considera que, para descrever a natureza jeral da administração pública e expor os supremos princípios racionais, temos a ciência da administração; que, ao contrário, quando se fala de direito administrativo, recorre-se com a mente a qualquer cousa de mais concreto; não contemplamos os princípios puros, mas os princípios convertidos em leis, applicados segundo as circunstâncias.

BONASI (*Della necessità di coordinare le istituzioni amministrative alle politiche*, Bologna, 1886, p. 2, citado por ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 27) também, como SCOLARI, reputa a ciência da administração como sendo a doutrina racional e o direito administrativo como sendo o direito positivo, tal como se encontra na legislação.

DE GIOANNIS (*Corso di diritto pubblico amministrativo*, 1877, t. I, p. 8, citado por ORLANDO, *Primo tratt.* cit., t. I, p. 53) escreve: «A administração na sua organização está coordenada em um sistema de leis: achamo-nos aqui em frente do direito administrativo».

COLMEIRO (*Derecho administrativo español*, 4.^a ed., Madrid, 1876, p. 33) diz que o direito

Considerando as definições dos escritores dêste grupo, parece, ao primeiro aspecto, em vista do critério que as domina, pretender-se assinalar a passagem da pura teoria administrativa ao estudo do direito positivo.

Mas qualquer ciência de direito positivo estuda sempre um conjunto sistemático de princípios jurídicos, o que é bem diverso da simples exposição e comentário de leis; e a necessidade do estudo de tais princípios é de especial importância no estudo do direito administrativo, em que para muitas relações de direito positivo falta uma correspondente lei orgânica que as regule. Se o direito precede a lei, não deve das leis deduzir-se o sistema jurídico; as ciências jurídicas são sistemas de princípios de direito, não são comentários de legislação positiva.

Atribuir ao direito administrativo o estudo das leis administrativas, em nada contribui para a recta intelligência do conteúdo científico do direito administrativo. Este critério, explicável pelas razões históricas, tem sido, além de um defeito formal, que acusa uma falsa direcção metódica, uma das causas da lamentável falta de sistema que se nota na ciência do direito administrativo.

Em vez de se subir das leis aos princípios, diz ORLANDO, desce-se das leis aos *casos* particulares; e o organismo científico, que é sistema de princípios jurídicos, não chega a formar-se. O método exejético, não podendo por si mesmo cons-

administrativo é o *conjunto de leis* que determinam as relações da administração com os administrados.

MELLADO (*Tratado elemental de derecho administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1894, p. 79 e 88) entende que o conceito do direito administrativo, considerado em geral, corresponde ao *conjunto das leis e disposições administrativas*; depois define-o como sendo o ramo do direito público, que, fundado no constitucional, estabelece a organização, competência e processo do poder executivo emquanto ordena e regula os interesses jeraes, fica as relações dos poderes públicos com os cidadãos e viceversa, e se dirige à consecução do fim humano obrigatório.

LETELIER (referido por POSADA, cit. *Trat. de der. adm.*, t. I, p. 27), embora compreendendo a necessidade de outros complementos filosófico-jurídicos e sociológicos, considera o direito administrativo como o *corpo das disposições administrativas* que regulam a jerência dos interesses públicos e as relações entre governantes e governados.

tituir-se em sistema, tende por sua própria natureza a adoptar o sistema legislativo; e se êste mal, em relação ao direito civil ou comercial, por exemplo, em que á, boa ou defeituosa, uma base sistemática, os códigos, é um mal de não grande vulto, êle se avoluma em relação especialmente ao direito administrativo, em que se está bem longe de uma codificação orgânica geral, em que as leis, os decretos, os regulamentos se multiplicam, se entrelaçam, se modificam reciprocamente, e em que às vezes chegam a ser diversos e até desordenados os critérios de uma simples lei (1).

Já CORMENIN (2) dizia que a legislação administrativa não era senão um montão incoerente de artigos, onde tudo está misturado, o que é de princípio e o que é de regulamento, o que é transitório e o que é definitivo, o que é das cousas e o que é das pessoas. E estas palavras e outras que se lhe seguiam, embora consideradas exajeradas por CHAUVEAU ADOLPHE (3), ainda oje em grande parte verdadeiras.

Do método exejético podem ainda provir graves defeitos sistemáticos. Exporemos um exemplo que ORLANDO apresenta referente a DUCROCQ: este autor, um dos mais considerados tratadistas de direito administrativo, no seu já citado *Cours de droit administratif* não apresenta capitulo ou secção, em que trate da matéria do estado ou das condições dos empregados, matéria aliás importante, devendo provavelmente attribuir-se esta lacuna à falta de uma lei orgânica sôbre êsse objecto; assim, os preceitos especiais de tal teoria encontram-se disseminados de um modo estravagante, só subordinados ao necso exejético; sôbre pensões, argumento que faz parte da mesma teoria, fala DUCROCQ a propósito das dívidas do estado.

Outro grave defeito do método exejético é o conduzir ou

(1) ORLANDO, cit. *Primo tratt.*, t. I, p. 54.

(2) *Questions de droit administratif*, 4.^a ed., Paris (A. Guyot et Scribe), 1837, t. I, Prefácio, p. x.

(3) *Principes de compétence et de jurisdiction administratives*, Paris (Cotillon), 1841, t. I, Introd., p. x.

dispor à confusão do direito administrativo com o direito civil. Esta tendência manifesta-se também na escola francesa. Já, como nota ORLANDO (1), DARESTE em 1862 declarava essa tendência, e também HAURIOU (2) se apresenta dominado por ela, dizendo que o direito administrativo é «um direito assás vizinho do direito privado».

Emfim, o subordinar a definição do direito administrativo ao critério das leis administrativas importa estabelecer uma petição de princípio, pois se cai na necessidade de determinar qual o critério para de entre as demais discriminar as leis administrativas.

B) O critério do poder executivo.

É dominante em muitos autores franceses, italianos e espanhóis o conceito do poder executivo como elemento substancial nas definições, que dão, de direito administrativo. Tinha-se assim um critério específico para a determinação dos limites a designar à ciência do direito administrativo (3).

Às definições subordinadas a êste critério pode apontar-se o defeito de conterem uma expressão já por si não clara nem definida, como é a do *poder executivo*, sendo sujeita a graves discussões a teoria da divisão dos poderes. Seria levar para a

(1) *Primo tratt. cit.*, t. I, p. 53, not. 4.

(2) *Obr. cit.*, ed. de 1893, p. 55.

(3) DUCROCQ, já referido, inclui na definição os organismos, não judiciais, do *poder executivo*.

DE GIOANNIS (referido por ORLANDO, cit. *Prim. tratt.*, t. I, p. 55), também indicado anteriormente, limita a acção do direito administrativo, dizendo que a administração pública corresponde à idea de *poder executivo*, enquanto por meio de acção procede à execução das leis e ao serviço dos interesses públicos.

MEUCCI (*obr. cit.*, p. 3) considera o direito administrativo como sendo o ramo do direito público que dita as normas reguladoras dos institutos sociais e dos actos do *poder executivo* para a realização dos fins de utilidade pública.

LORIS (*obr. cit.*, p. 15) repete o conceito de MEUCCI.

COLMEIRO (*obr. cit.*, t. I, p. 34) faz equivaler a definição já dada à ciência da acção e da competência do *poder executivo* enquanto ordena e regula os interesses jeraes.

SANTAMARIA DE PAREDES (cit. *Curso de der. adm.*, p. 38) define o direito administrativo como sendo o ramo do direito referente à organização, funções e processo do *poder executivo*, segundo a constituição, para o cumprimento da missão do estado na vida.

definição do direito administrativo as mesmas controvérsias e dificuldades.

Tal critério é, além disso, um critério meramente formal. Já vimos que uma separação efectiva entre os poderes era impossível: que a distinção é só verdadeira e real quanto aos actos; e querendo encarar as definições sob este aspecto, teríamos nelas não a separação dos poderes, segundo a teoria de MONTESQUIEU, mas a distinção sistemática dos três conceitos,—constituição, administração, jurisdição—, o que, fazendo coincidir a idea de poder executivo com a noção de administração, levaria também a uma petição de princípio, pois que equivaleria a dizer que o direito administrativo estuda os actos da administração (1).

«Certamente que de todos os poderes do estado o que principalmente serve aos fins que constituem o objecto do direito administrativo é o poder executivo; todavia não é elle o único, e, por outra parte, quando nos referimos à actividade do estado, é perigoso attribuí-la desorgánicamente a um só poder, o qual exerce as suas attribuições sempre em conexão com a unidade do estado, de que deriva toda a sua autoridade (2)».

C) *O critério dos serviços públicos e das relações entre o estado e os cidadãos.*

Um outro critério se encontra em algumas definições, critério que se desdobra em dois elementos, os quais jeralmente se vêem juntos nas mesmas definições, e que são: a idea dos serviços públicos e a da regulamentação jurídica das relações entre o estado e os cidadãos (3).

(1) VEJ. ORLANDO, *Princ. di dir. amm.* cit., p. 13; *Primo tratt.*, t. I, p. 55-57.

(2) ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 13-14.

(3) LAFERRIÈRE (obr. cit., t. I, p. 333) diz que a administração, considerada no seu conjunto, tem dois objectos principais: um respeita à ordenação e mecanismo dos *serviços públicos*, sua organização interior e minuciosa, às relações respectivas dos agentes superiores e inferiores, à execução material, ao lado puramente técnico dos diferentes serviços; o outro respeita às *relações da administração com os cidadãos* para a execução das leis e decretos, isto é, aos direitos

É certo que tanto a idea do serviço público como a das relações entre o cidadão e o estado constituem partes importantissimas da ciência administrativa. Mas o primeiro elemento corresponde a um conceito derivado e não ori-jinário, visto que, se é a administração que cria os serviços públicos, a idea

e deveres recíprocos dos administradores e administrados. O primeiro objecto forma a parte orgânica regulamentar técnica da administração; o segundo objecto constitui propriamente o direito administrativo.

O BARÃO DE GÉRANDO (*Institutes de droit administratif français*, 2.^a ed., Paris, 1842. t. I, *Avertissement*, p. viii) já avia emitido pensar semelhante ao de LAFERRIÈRE, quanto ao conteúdo do direito administrativo.

PRADIER (obr. cit., p. 13) acosta-se á doutrina de LAFERRIÈRE.

CABANTOUS [*Répétitions écrites sur le droit public et administratif*, 2.^a ed., Paris (Marescq et Dujardin), 1858, p. 6] diz que o direito administrativo é o conjunto das regras que ficam as relações dos particulares com a autoridade administrativa.

MAURICE BLOCK [*Dictionnaire de l'administration française*, 3.^a ed., Paris (Berger-Levrault et C.), 1890, v. *Droit administratif*] diz que o direito administrativo é a parte do direito que regula as relações dos cidadãos com os serviços públicos e dos serviços públicos entre si.

HAURIU (obr. cit., p. 171) define direito administrativo o ramo do direito público que tem por objecto a organização, os direitos e o exercício dos direitos das pessoas administrativas, no que isto interessa ao funcionamento dos serviços públicos.

DUGUIT (*Droit constit.* cit., p. 61) diz que ao exercício da função administrativa corresponde o direito administrativo, o qual comprehende o conjunto de regras que rejem as relações entre o estado e uma outra pessoa providas de um acto administrativo.

O dr. JUSTINO DE FREITAS (obr. cit., 2.^a ed., p. 4) entende que o direito administrativo é á ciência da acção e da competência do poder central, das administrações locais e dos tribunais administrativos nas suas relações com os direitos, com os interesses dos administrados e com o interesse jeral do estado.

LOBO D'AVILA (obr. cit., p. 51) diz que o direito administrativo comprehende os direitos respectivos e as obrigações mútuas dos administradores e dos administrados, não incluindo portanto as leis que servem de base á organização constitucional, nem as que pertencem ao domínio judiciário.

O sr. dr. LOPES PRAÇA (obr. cit., 1.^a parte, p. xvii da Introd. jeral, 2.^a parte, t. II, p. 81) diz que o direito administrativo organiza os serviços públicos, e regula as suas relações, attribuições e exercício, e occupa-se dos princípios e modo de dar á execução as conclusões e doutrinas estabelecidas pelo direito público. (Este critério não é o único que estabelece como fundamento da definição do direito administrativo, podendo também o mesmo autor ser colocado no grupo que toma por critério as leis administrativas, como se vê no segundo logar citado).

O sr. dr. LARANJO (cit. *Princip. e inst. de dir. adm.*, p. 10) define direito administrativo como sendo o ramo do direito público que particulariza os direitos e os deveres recíprocos dos cidadãos e do estado e das aggregações públicas locais nas matérias de interesse social, e que organiza e relaciona umas com outras as instituições que servem de meio ao poder executivo e áquelas aggregações para fazerem cumprir esses deveres e direitos e realizarem a sua acção, um em toda a extensão do país, as outras nas respectivas circumscrições.

do serviço público, sob o aspecto lógico, não precede mas segue a da administração pública.

Quanto ao segundo elemento, isto é, que o direito administrativo estuda as relações entre o indivíduo e o estado, padece êle de dois defeitos. Em primeiro lugar corresponde a uma idea demasiado ampla e por isso mesmo vaga, podendo dizer-se que não á ramo de direito que não pressuponha relações entre o indivíduo e o estado; assim, toda a matéria dos denominados direitos políticos e individuais se acha incluída nessas relações, visto que a ciência do direito constitucional moderno, no seu conjunto, se ocupa em regular as garantias jurídicas que asseguram a participação dos cidadãos na vida pública do estado. Em segundo lugar, o referido critério não dá uma segura inteliência dos limites da matéria da ciência que se define, visto que, como nota ORLANDO, «se é verdade que em toda a norma ou instituto de direito administrativo se podem encontrar necsos com a questão das relações entre o cidadão e o estado, não é menos verdade, que êstes necsos nem sempre se apresentam evidentes e imediatos: assim, se o exercício dos poderes de polícia ou a constituição dos órgãos para a jurisdição e a justiça administrativa importam, sem dúvida, a idea das relações entre o indivíduo e o estado, êste necso enfraquece-se e por assim dizer se distancia, quando se considera o argumento dos officios públicos, das circunscrições administrativas, da administração das estradas, marítima, etc. Resumindo, diremos que a questão das relações entre o indivíduo e o estado, o qual mais ou menos actua em todas as ciências jurídicas, politicas e sociais, constitui como que uma grande órbita, dentro da qual também o direito administrativo se move; mas, se com isto temos determinado a última finalidade do nosso estudo, comum não menos a êle do que a outros mais ou menos afins, será sempre necessário determinar a figura própria que êste argumento assume sob o aspecto da administração de um estado e do direito que tal administração estuda; emfim, a questão das

relações entre o estado e o indivíduo é um dos antecedentes da nossa ciência, mas não ainda a sua definição» (1).

D) O critério da actividade do estado.

Um grupo de tratadistas introduz na definição do direito administrativo e da administração como elemento fundamental o critério da actividade do estado.

A jénese histórica desta tendência descreve-a FERRARIS, dizendo (2): «Enquanto que na França e na Itália se não saía do círculo acanhado de uma disciplina empírica, até o ponto de se aceitar como distribuição científica a prática das matérias administrativas, segundo os ministérios, procurava-se na Alemanha criar um sistema orgânico de ciências administrativas. O trabalho começou pela distinção entre o poder executivo e a verdadeira e própria administração».

Todavia neste primeiro passo a administração não se separava por inteiro do poder executivo, considerando-se como objecto dêle.

«Mais audaz, continua FERRARIS, ou mais innovador, STEIN prescindia do direito administrativo, para lhe substituir três disciplinas:—a ciência das finanças, a do exército e a da administração propriamente dita—, dividindo esta em duas partes, uma das quais expõe a teoria do poder executivo, isto é, do organismo administrativo do estado, e a outra as matérias e os objectos da administração, excluídas naturalmente as finanças e o exército».

A concepção de STEIN corresponde à idea de considerar como conteúdo da administração a actividade social do estado, idea aceita por MEYER e também por LÖNING, para o qual toda a actividade do estado é, sob o aspecto jurídico, objecto do direito administrativo (3).

Da Itália podem citar-se FERRARIS e ORLANDO como pertencen-

(1) ORLANDO, *Primo tratt.* cit., t. I, p. 57-59.

(2) Cit. *Saggi*, p. 7.

(3) POSADA, cit. *Trat. de der. adm.*, t. I, p. 30.

cendo a êste grupo. FERRARIS parte da distinção do direito em público e privado; e, definindo direito público o que estuda o organismo do estado e os fenómenos jurídicos que nêle existem, considera *direito administrativo* o ramo do direito público interno que estuda a parte do organismo do estado que se chama executivo ou administrativo e os fenómenos jurídicos que lhe dizem respeito. Assim, para FERRARIS o estudo do direito administrativo abranje o estudo: — 1.º, do organismo do poder executivo (excluído o judiciário), isto é, a jerarquia central e a local e as tutelas sôbre elas exercidas por corpos administrativos para êsse fim constituídos e pelas assembleas legislativas; — 2.º, dos fenómenos que daí derivam, como: — a) as tutelas jurídicas, que teem por fim resolver os conflitos de interesses entre os particulares e o estado e os conflitos de competência entre a autoridade judicial e a administrativa; b) as normas jurídicas que devem ser observadas pelo estado, quando se apresenta como pessoa ou corpo moral, isto é, quando pratica actos civis ou comerciais (1).

ORLANDO, como já vimos, altera um pouco a doutrina de FERRARIS. Também parte da distinção do direito em público e privado, e chega á conclusão de que o direito administrativo trata da actividade do estado pelo seguinte processo: — o direito público, que estuda as diferentes teorias acêrca do estado, ocupando-se da divisão dos poderes, da soberania, etc., divide-se em direito constitucional e administrativo: o primeiro trata da organização estado, das mútuas relações dos órgãos e funções respectivas; o *direito administrativo* abranje os princípios jurídicos que regulam a actividade do estado para o consequimento dos seus fins (2).

Nêste grupo se filia também POSADA, para quem o *direito*

(1) FERRARIS, obr. cit., p. 8 e 50.

(2) No mesmo sentido pode referir-se SANTI ROMANO (obr. cit., p. 5), que define *direito administrativo* — o sistema dos principios de direito público que regulam a actividade concreta com que o estado prossegue os seus interesses.

administrativo é a ordem jurídica da actividade política, ou do estado, encaminhada a procurar e a tornar efectiva a boa disposição — formação, conservação e aperfeiçoamento — das instituições, por meio das quais o estado cumpre os seus fins.

POSADA todavia, embora aceite o critério da actividade do estado, por lhe parecer o mais fecundo e o mais compatível com a consideração da administração: — 1.º, como uma ordem jurídica, e 2.º, como energia política de conteúdo político e social conjuntamente —, diverge todavia na determinação de qual é a actividade do estado que deve considerar-se objecto do direito administrativo, conforme a teoria que do mesmo autor já expusemos sobre o conceito de administração, e que o leva a concluir pela definição de direito administrativo anteriormente transcrita (1).

A crítica ao critério de que nos estamos ocupando deriva do que dissemos ao expor a doutrina relativa às diferentes espécies da actividade do estado e à determinação da actividade administrativa pública (2).

26. — Conclusão.

Sabemos que o direito desempenha uma função de garantia na sociedade e que assim a elle se ligam, sob esse aspecto, as diferentes espécies de fenómenos sociais: á por isso um direito económico, um direito administrativo, um direito político, etc.; e cada um destes ramos do direito pressupõe no estado a existência de uma acção correspondente.

Acusam falta de lógica, como diz POSADA (3), os tratadistas que, ao expor o direito administrativo, prescindem de definir previamente a administração. Com efeito, formam conteúdo do direito administrativo os aspectos jurídicos que a adminis-

(1) POSADA, cit. *Trat. de der. adm.*, t. I, p. 29 e s. e 66.

(2) Vej. especialmente o n.º 24.

(3) J. MEYER, *La administración y la organización administrativa*, Madrid, 1892, *Introdução* de ADOLFO POSADA, p. 29.

tração assume no campo do direito público, pois que dêste é ramo o direito administrativo. Ora se, procurando dar uma noção de *administração pública*, dissemos (n.º 24) que ela é a acção que o estado desenvolve na formação, conservação e aperfeiçoamento do organismo público, na aquisição e distribuição dos meios de vida e de funcionamento dêsse organismo e na directa realização dos fins públicos do mesmo estado, deveremos consequentemente concluir que: — *Direito administrativo é o conjunto de disposições de direito público que regulam e garantem a acção que o estado desenvolve na formação, conservação e aperfeiçoamento do organismo público, na aquisição e distribuição dos meios de vida e de funcionamento dêsse organismo e na directa realização dos fins públicos do mesmo estado.*

Como se vê, esta noção considera o direito administrativo sob o aspecto positivo. Cientificamente será êle o sistema de princípios e teorias que devem fundamentar aquelas disposições.

Do campo do direito administrativo são excluídos os actos de natureza patrimonial, em que a personalidade do estado reveste o carácter de um simples particular, os quais, quanto ao seu conteúdo, são rejeitados pelas disposições do direito privado (1).

SECÇÃO IV

Espécies de administração

27. — Administração geral e administração particular.

A administração, considerada quanto à extensão dos interesses que tem por missão satisfazer, pode dividir-se em administração dos *interesses gerais* e administração dos *interesses particulares*. A primeira está personificada no *estado*: tem

(1) Vej. n.º 20.

por objecto prover à satisfação das necessidades comuns dos indivíduos que compõem a grande colectividade nacional. A administração dos interesses *particulares*, termo empregado por MEUCCI (1) à falta de outro mais expressivo e exacto, tem por objecto a satisfação das necessidades comuns dos indivíduos que formam as colectividades secundárias criadas no seio do estado e compreendidas nas circunscrições territoriais dos diversos grau, cada uma delas consideradas de per si (2). Tanto o estado como estas colectividades constituem pessoas administrativas (3).

Ao lado porém destas pessoas outras se colocam:—os *institutos públicos* (quando dotados de personalidade) e os *institutos de utilidade pública*. Uns e outros, com uma organização *especial*, que os distingue das outras pessoas administrativas, satisfazem também necessidades colectivas. Essa forma especial de constituição levou talvez alguns escritores a juntar às duas ordens de interesses, jerais e particulares, um terceiro grupo de —interesses especiais—, a que fazem corresponder aqueles institutos (4); mas, em regra, os institutos públicos prosseguem interesses jerais ou particulares na administração pública, e os institutos de utilidade pública também realizam interesses que pela sua natureza não estão excluídos da administração circunscricional. Adeante trataremos mais de espaço d'este assunto.

28. — Administração central e administração local.

Estreitamente ligada à divisão anterior está a divisão da administração em *central* e *local*; mas, emquanto que naquela consideramos a extensão dos interesses, nesta atendemos aos centros das administrações e ao seu raio de acção.

(1) Vej. MEUCCI, obr. cit., p. 157 a 161.

(2) Vej. *Cód. adm.* (1896), art. 1.º

(3) Vej. *Cód. adm.*, art. 4 e 416; *Cód. civ.*, art. 32, 37, 382 § un. e 516.

(4) Vej. SIMONET, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, Paris (1.ª ed.), n.º 382 e 383.

Diremos, por exemplo, no sentido da primeira divisão, que a segurança pública é um interesse jeral, e que o govêrno e mais autoridades, ocupando-se dela, fazem *administração jeral*; mas, quando vemos o governador civil, que é autoridade *local*, tratar do interesse jeral da segurança pública na circunscrição que governa, diremos, no sentido da segunda divisão, que êle faz *administração local*. Assim, as expressões—*administração jeral* e *administração local*—não representam termos opostos ou que reciprocamente se excluam no sentido dos interesses que realizam.

Sucede que o interesse jeral, concretizando-se sôbre as diversas partes do território, por assim dizer *localizando-se*, deve ser administrado e tratado sôbre os vários centros ou fracções de território e de população, nos quais todavia o interesse é considerado como interesse jeral ou próprio do todo social, e, como tal, superiormente dirigido de um centro comum. Daquí deriva que as autoridades prepostas ao cuidado dos interesses jerais, nem todas podem çurar dêstes de um mesmo ponto central e supremo: teem umas de tratá-los dêste ponto; outras dos pontos locais, onde o interesse jeral se concretiza, ou onde se dá a ofensa dos interesses jerais e daí a necessidade da reparação correspondente.

Eis como a administração jeral, constituindo unidade em relação à qualidade do interesse, isto é, a todo o jénero dos interesses jerais, se subdistingue, em ordem aos centros de administração, em *administração central* ou suprema, que dirige e ordena, e *administração local* ou secundária, que administra e executa.

Dêste modo o conceito de agente administrativo local tem dois significados, que, conquanto coincidam no conceito fundamental da territorialidade particular, diversificam depois, segundo se referem à jerarquia e ao interesse jeral do estado, ou aos interesses exclusivos das autonomias particulares ou circunscriçionais.

Para evitar as confusões, entende MEUCCI (1) que conviria distinguir a administração pública em *geral*, referente ao estado ou governo, e *particular*, referente às comunas, províncias, etc., e dividir depois a primeira em *central* e *local*. Isto porém iria contrariar, não só a linguagem dos escritores de administração e direito administrativo, mas até a linguagem comum e o próprio valor do termo *local*, o qual tanto cabe à administração dos interesses gerais, quando esta se concretiza nas diversas circunscrições, como à administração dos interesses particulares, que é sempre local.

Encarando o estado como um todo organizado, facilmente se compreende esta triplíce administração: — a autónoma das partes e a unitária do estado, subdividindo-se esta no seu duplo grau, isto é, no grau superior, que funciona no centro, e no grau inferior, que funciona por nesso difusivo e conjuntivo, como diz MEUCCI (2).

29. — Administração activa e administração consultiva.

Em relação à natureza da função que o agente administrativo desempenha, estabelecem alguns escritores as quatro espécies de administração — activa, deliberativa, consultiva e contenciosa. Assim diz o sr. dr. LARANJO (3): «Como administrador, o poder executivo executa e faz executar, faz ou impede que alguma coisa se faça; o acto de deliberar anterior a tudo isto não lhe pertence, mas ao poder legislativo; a função do poder executivo é pois essencialmente activa. Os corpos administrativos, representantes das aggregações publicas locais, êsses teem duas funções: a de deliberar e a de executar ou fazer executar as suas deliberações; a administração apresenta-se pois agora, além de activa, deliberativa, E porque a execução tem muito de discrecionaria, porque necessita muitas

(1) Obr. cit., p. 158.

(2) Vej. ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 46-48.

(3) Obr. cit., § 14.

vezes de informações e conhecimentos especiais, os agentes activos da administração cercam-se de individuos que os aconselhem; a administração apresenta-se pois, além de activa e deliberativa, também consultiva. E porque os actos da administração dão muitas vezes origem a pleitos, cuja decisão ou lhe deixaram a ella propria ou a tribunais especiais, apresenta-se também como contenciosa».

Desta quádrupla divisão parece dever-se eliminar, quando menos, a chamada administração deliberativa. Com efeito, os corpos administrativos, aos quais se attribui esta espécie de administração, não tem por fim principal o deliberar, mas sim deliberam para executar; a sua função é pois essencialmente activa, não sendo a deliberação mais do que um preparatório da acção e uma consequência da composição colectiva de tais agentes. Também o conselho de ministros delibera, e todavia a sua administração é activa; também o conselho de estado ou outro corpo consultivo delibera, e todavia a sua administração é consultiva. A deliberação portanto não caracteriza qualquer espécie de administração.

Sem negar que a expressão *administração contenciosa* corresponda um conteúdo próprio, também da divisão, em vista do fundamento que lhe demos, se deve separar esse membro. Não traduz aquella denominação uma diversidade de natureza da relação administrativa, pois que a contenda judiciária tem sempre por base um facto de administração activa.

Só, com efeito, as duas espécies de administração — *activa* e *consultiva* —, pertencendo directa e realmente à ciência da administração e do direito administrativo, correspondem a uma diversidade característica em a natureza das funções da administração. A cada uma destas espécies são applicáveis as duas anteriores divisões.

Não sofre discussão a função activa, como função que se integra em órgãos permanentes; esta permanência deriva da continuidade da vida administrativa no estado. Quanto porém à função consultiva, pode discutir-se a sua razão de ser, como

constitutiva de uma espécie, a que correspondam órgãos exclusivos de vida permanente.

Ao entrar no estudo dos agentes consultivos da administração central será suscitada a apreciação dêste ponto.

30. — Administração graciosa e administração contenciosa.

Uma outra divisão da administração se costuma fazer : em *graciosa* e *contenciosa*; é comum encontrar como correspondente a esta divisão as expressões — *jurisdição graciosa* e *jurisdição contenciosa da administração*.

A divisão é feita, sob o aspecto das faculdades jurisdicionais da administração, se bem que os dois membros da divisão não exprimam plenamente todas as manifestações jurisdicionais da administração.

Êste poder da administração implica a idea de que á difundida pelo organismo da administração uma manifestação da função jurisdicional do estado; e a idea, observada na sua razão fundamental, assenta na compenetração inevitável das funções de qualquer todo social.

«Quando, diz o sr. dr. LARANJO (1), a administração, procedendo legalmente, vai ferir interesses, as reclamações que os seus actos levantam são levadas perante a própria administração, representada ou pelos mesmos agentes que praticaram o acto de que se reclama, ou pelos seus superiores; a esta jurisdição da administração chama-se *jurisdição graciosa*, porque tudo o que a administração faz, attendendo os cidadãos nestas reclamações, no todo ou em parte, é uma graça». Também LOBO D'AVILA (2) diz que neste caso a administração resolve a reclamação como julga mais conveniente ao interesse geral, conciliando-o com o particular, pelo princípio da equidade, mas discricionariamente. Nisto consiste a *administração graciosa*.

(1) Obr. cit., p. 37-38.

(2) Obr. cit., p. 239.

Tem assim a administração uma faculdade jurisdiccional para resolver de um modo immediato as diverjências de interesses. Mas igualmente a tem para reprimir determinadas infracções. São pois já dois modos de exercício ou duas direcções do poder jurisdiccional da administração.

A segunda destas direcções ainda se desdobra: — ou corresponde na administração ao seu poder *disciplinar*, pelo qual as autoridades administrativas podem corrigir actos, que, sem serem delictos ou contravenções de direito comum, accusam faltas cometidas pelos funcionários públicos; — ou corresponde à faculdade, de carácter *policia*l, que a administração tem, de tornar effectivos ou respeitad^{os} os preceitos administrativos, servindo-se principalmente de multas. Temos pois também derivadas das faculdades jurisdiccionales da administração uma *administração disciplinar* e uma *administração policia*l.

Mas tem sido igualmente dada à administração uma jurisdicção contenciosa, a que corresponde a expressão — *administração contenciosa*. Assim succede quando a administração pratica actos administrativos que, contrariando uma lei, um decreto ou regulamento, ofendem os direitos dos cidadãos, sendo as contend^{as}, que esses actos da administração suscitam, levadas perante órgãos, conselhos ou tribunais, da própria administração.

CAPÍTULO II

**Meios de que se utiliza a ciência
da administração;
fontes, ciências auxiliares
e codificação do direito administrativo**

SECÇÃO I

**Meios de que se utiliza a ciência
da administração**

31. — Espécies e definições.

Os meios de que a ciência da administração se serve para o conhecimento dos factos e a apreciação das condições da vida social são — os *dados estatísticos*, as *exposições* e os *inquéritos* (1).

A) *Dados estatísticos*. A estatística, que por alguns autores é denominada a ciência dos factos e que com efeito é uma parte dessa ciência, assenta a sua possibilidade no princípio de que toda a pessoa exterioriza a sua auto-determinação. A estatística *observa* os fenómenos externos e investiga a *lei* que os reje; ella estuda sob a expressão numérica os factos da vida social, isto é, as manifestações da vida física ou demográfica, económica ou material e espiritual ou racional, e os factos da vida política do estado, isto é, a acção da política naquelas diversas ordens de factos sociais.

À administração interessam especialmente os factos da vida

(1) O sr. dr. VIVEIROS DE CASTRO (obr. cit., n.º XXVII, p. 129) ainda aos referidos meios junta a *opinião pública* e a *imprensa*; estes elementos porém só indirectamente prestam auxilio à administração.

social; ora a sua observação será mais pronta, tornar-se-ão mais claras as comparações e as conclusões mais seguras, desde que os factos possam representar-se por algarismos e os numeros variáveis converter-se em médias fixas e constantes.

Para que os dados estatísticos forneçam critérios aceitáveis para a solução de qualquer problema de administração, indispensável se torna não preterir certas cautelas elementares. Convém proceder sem ideas preconcebidas; não desprezar qualquer dado sem uma razão suficiente; comparar sómente os dados que sejam verdadeiramente comparáveis; verificar os dados em todas as suas circunstâncias importantes; enumerar completamente as causas, separando-lhes a existência e a acção, com minucioso processo de análise; confiar unicamente em numerosas observações, tantas quantas sejam necessárias para a eliminação do que for anómalo e puramente accidental; não concluir senão na medida dos factos observados.

Deve também ter-se presente que nem todos os factos sociais são susceptíveis de observação estatística, o que especialmente se dá com os factos de ordem intelectual e moral, que quasi inteiramente se furtam à redução a pêso, número e medida (1).

B) Exposições. Exposição é a exhibição pública dos productos do solo, industriais e artisticos de uma região, de um estado, de alguns ou muitos estados, com o fim de apresentar em conjunto os progressos comparativos de qualidade e preço desses productos e de incitar pelo confronto e ainda por meio de prémios e outras recompensas a emulação dos produtores, dos povos e dos estados.

As exposições diverjem dos mercados e feiras em que o que nestes é fim directo resulta das exposições indirectamente e

(1) Vej. STEIN, obr. cit., p. 41; CAVAGNARI, obr. cit., p. 28; dr. VIVEIROS DE CASTRO, obr. cit., p. 111. Em Portugal são dignos de elojio os trabalhos estatísticos publicados pela direcção geral de estatística e dos próprios nacionais.

vice-versa: assim, enquanto que nos mercados e feiras se promove a venda imediata dos produtos e, para esta ser mais fácil e proficua, é que se procura o melhoramento dos mesmos produtos; nas exposições são a superioridade do produto e a modicidade do preço, seu fim directo, que atraem os consumidores.

As exposições distinguem-se pela especialidade ou multiplicidade, quanto á natureza dos objectos que compreendem, e também pela sua extensão, quanto ás regiões ou estados a que respeitam.

A intervenção do estado nas exposições pode dar-se, como diz CAVAGNARI, por cinco formas principais: — 1.^a, mediante a iniciativa dos poderes públicos, quando falte a iniciativa dos particulares, porque as exposições são também actualmente uma necessidade e um elemento da civilização; — 2.^a, mediante auxílios pecuniários, porque as exposições fornecem ao estado um conhecimento directo e comparativo das condições industriais e artísticas do país; — 3.^a, regulando prudentemente as exposições, de modo que elas possam satisfazer aos seus justos fins e se não tornem um elemento perturbador, como sucederá com a sua demasiada repetição; — 4.^a, decretando e distribuindo prémios e outras recompensas aos expositores que mais o merecerem pelos objectos apresentados, porque a intervenção official do estado nessa distribuição afervora o estímulo dos expositores; — 5.^a, providenciando, mediante comissários especiais, sobre a compilação e publicação de relatórios e memórias, que patenteiem os progressos realizados nos diferentes ramos de indústria ou de arte que concorreram à exposição (1).

C) *Inquéritos*. O inquérito, segundo GARELLI DELLA MOREA (2) é a informação especial e o mais exacta possível que

(1) Vej. CAVAGNARI, *obr. cit.*, p. 30; dr. VIVEIROS DE CASTRO, *obr. cit.*, p. 113.

(2) *Saggio sulla scienza dell'amministrazione*, Torino, 2.^a ed., 1886, tit. II, § 4.^o, citado por CAVAGNARI, *obr. cit.*, p. 34.

se obtém sôbre determinados factos, mediante a intervenção de peritos e o interrogatório de pessoas idóneas para darem notícias acêrca dos mesmos factos.

Os inquéritos podem completar os resultados obtidos pela estatística e pelas exposições. A estatística considera os factos principalmente sob o aspecto *quantitativo* e exterior, o qual tem muito de abstracto, e as exposições dão especialmente a conhecer as condições *tecnológicas* das indústrias e das artes; os inquéritos conduzem ao aspecto *qualitativo* e *social* dos fenómenos.

Os inquéritos officiaes podem ser de variadas espécies.

Á inquéritos *parlamentares*, que são os determinados por qualquer das câmaras legislativas, principalmente para a melhor fiscalização pelo parlamento dos actos do poder executivo.

Á inquéritos *judiciários*, que são os ordenados pela autoridade judicial, para a melhor verificação de um facto controvertido ou indagação da existência de um crime; e são regulados pela legislação do processo civil e penal.

Á inqueritos *administrativos*, que se distinguem em *administrativos propriamente ditos* e em *públicos* ou *legislativos*.

Os inquéritos administrativos propriamente ditos constituem uma simples providência administrativa. Não teem o carácter de publicidade, avendo casos em que a publicidade até seria inoportuna, como quando se syndica acêrca de um funcionário público.

Os inquéritos públicos ou legislativos constituem uma investigação autorizada por lei para obter sôbre um assunto de interesse jeral, predeterminado na mesma lei, todas as informações possíveis, quer por escrito, quer principalmente por meio de depoimentos verbais, publicando-se integralmente essas informações. Êstes inquéritos são feitos em jeral para produzirem efeito no campo legislativo, devendo por isso ter um carácter prático; mas também excepcionalmente se empregam para investigar acêrca de um acontecimento importante que perturba uma classe social ou ameaça uma importante ordem

de interesses, ou quando se trata de obter esclarecimentos a respeito das condições das classes sociais, para o que, atenta a delicadeza do assunto, são insuficientes os inquéritos administrativos (1).

SECÇÃO II

Fontes e ciências auxiliares do direito administrativo em geral

32. Definição e espécies.

Não temos que ocupar-nos aqui dos complexos problemas, que no estudo da ciência jurídica geral pode suscitar a teoria das fontes do direito, e que, considerada tal teoria em toda a sua importância, vão até se confundirem com as mais embaraçosas questões de toda a filosofia jurídica, incluindo a da própria natureza do direito.

Tratando-se de uma ciência derivada, como é o direito administrativo, aquela ordem de considerações pode afastar-se do nosso estudo, constituindo embora um antecedente dêle, mas remoto.

A consciência do agente é, em rigor, a fonte primordial do direito; e assim o direito de um estado emana da consciência dos elementos que o constituem.

Mas, além da força geradora da regra jurídica, ou *origem*, as fontes do direito podem também ser consideradas como os órgãos reveladores da regra jurídica já elaborada, na consciência do agente (*fontes juris essendi*), ou como as *formas* dessa revelação (*fontes juris cognoscendi*). Neste último sentido podemos dizer que as fontes do direito administrativo são os modos ou formas por que este direito se manifesta, reconhe-

(1) Para maior desenvolvimento vej. CAVAGNARI, obr. cit., p. 34; dr. VIVEIROS DE CASTRO, obr. cit., p. 123, e especialmente C. FERRARIS, obr. cit., Saggio quarto.

cendo a regra jurídica, para ser cumprida (1), ou são os documentos e as manifestações reais dêste direito (2).

As formas fundamentais do reconhecimento consciente da regra jurídica são o *costume* e a *lei*. O costume, quando traduz ábitos de natureza jurídica, corresponde à expontanea revelação, sem solenidades nem fórmulas precisas, da consciência jurídica do povo; a lei é a declaração expressa da regra jurídica, reconhecida e formulada pelo legislador, mediante solenidades e fórmulas especiais.

Os dois termos — *lei* e *costume* — fundamentam a divisão, já vinda do direito romano, em *jus scriptum* e *jus non scriptum*, e daí também a divisão das fontes em fontes de direito escrito e de direito não escrito. Mas esta distinção obedece a um critério material, que, embora exacto na maior parte dos casos, não é por certo essencial. nem indica a verdadeira característica da distinção.

Atendendo também a que, além das duas referidas fontes, que em jeral (3) poderemos considerar imediatas, outras manifestações á do direito administrativo, quer em actos derivados dos órgãos encarregados do exercício das funções administrativas, quer na determinação concreta das disposições applicáveis aos factos ocorrentes por parte dos órgãos judiciais, quer na exposição filosófica ou positiva da ciência do direito administrativo, na de outros ramos de direito, ou na dos diplomas ou documentos em que se conteem as disposições legais do mesmo direito: daqui vem que as fontes do direito administrativo se podem dividir em *imediatas* e *mediatas*, e estas em *supletivas* e *interpretativas*, e que todas se podem reduzir ao *costume*, *lei*, *regulamento*, *jurisprudência* e *doutrina*.

À lei e ao regulamento dão alguns autores a denominação

(1) Vej. POSADA, *Trat. de der. adm.*, t. I, p. 127.

(2) MEUCCI, *obr. cit.*, p. 18.

(3) A lei é sempre fonte imediata, o *costume* porém em muitos casos é mera fonte supletiva, ou simplesmente interpretativa.

comum de *fontes legislativas*, considerando as demais como *fontes não legislativas*. As fontes legislativas teem fôrça obrigatória de per si; as fontes não legislativas não a teem de per si, mas ela lhe advém ou de expressa disposição de lei, ou da necessidade da aplicação de principio jurídico ao facto ou da interpretação de preceito legal, quando não haja preceito na lei ou, avendo-o, seja de sentido obscuro.

33. — Costume.

Já fica indicado que o costume, em direito, revela de um modo espontâneo a consciéncia jurídica do povo.

De diverso modo consideram os escritores o costume no direito administrativo. O costume, diz MEUCCI(1), abolido no direito civil como fonte particular dêsse direito, não pode ser invocado, senão quando a lei o reclame; mas pode servir como meio e autoridade de interpretação do direito duvidoso. Crê todavia o mesmo autor que o costume pode vigorar como regra administrativa não só na administração internacional, mas ainda na administração interna e regulamentar.

Entende HAURIU(2) que as regras do direito público e do direito administrativo estão quasi todas contidas nas leis escritas, sendo muito fraca a parte correspondente ao costume; que apenas se pode apontar em direito administrativo um lugar especial aos usos locais relativamente aos cursos de água não navegáveis nem fluctuáveis e em matéria de ruas; que os corpos eleitos, conselhos municipais, conselhos jeraes, câmaras legislativas, também teem algumas tradições, quanto ao processo das deliberações respectivas, mas que não pode considerar-se que tais tradições tenham fôrça de lei.

SANTAMARIA DE PAREDES(3) diz que o costume, consagrado às vezes expressamente pela legislação e autorizado outras

(1) Obr. cit., p. 18.

(2) Obr. cit., p. 59.

(3) Obr. cit., p. 44.

vezes por consentimento tácito, é de grande utilidade no direito administrativo, para o suprir, dada a extrema variedade de casos, própria do mesmo direito, que não é possível prever, quando se formula.

POSADA é de parecer que a tendência para admitir que o direito administrativo não procede do costume como fonte imediata, não o citando mesmo alguns escritores, importa uma idea mesquinha que se faz do direito administrativo; que, como adverte RÖSLER, o mesmo administrativo tem as mesmas fontes que o direito em geral, isto é, a vida humana em comunidade de povo, e aqui mais especialmente em sociedade; que, assim como o direito civil e o político, também o direito administrativo começa por ser um facto, com sua lei jurídica, e se condensa em usos, ábitos, costumes, e depois em leis ou fórmulas escritas (1).

ORLANDO (2), desenvolvendo mais largamente o assunto, considera também o costume como fonte do direito administrativo, e tanto sob o aspecto *introdutivo* como *derogatório*, segundo as expressões de LONGO; assim chega a admitir a derogação ou inobservância de leis administrativas pelo costume. É todavia preciso ter presente que a referida derogação pelo costume não é admissível em relação às autoridades judiciais.

SANTI ROMANO (3) entende que no campo do direito administrativo o costume tem uma importância intermédia, tendo a mássima no direito constitucional e a mínima no direito civil; admite tanto o costume introdutivo como o derogatório, e distingue entre os costumes jeraais a todo o estado e os costumes particulares de determinadas partes dêle, não podendo êstes ser contrários às normas escritas ou consuetudinárias jeraais.

(1) Obr. cit., t. I, p. 139. Vej. o mesmo autor, obr. cit., p. 140 e s.

(2) *Primo tratt.* cit., t. I, p. 1056 e s.

(3) Obr. cit., p. 22 e seg.

Tratando de fontes do direito administrativo em geral, temos como aceitável a doutrina destes últimos escritores (1).

34. — Lei; regulamento.

A lei, como vimos, é a expressão suprema da vontade do estado. Constituem as *leis* a fonte mais pura do direito administrativo.

Não está o direito administrativo sómente nas leis caracterizadamente administrativas; também nas leis constitucionais, como base daquelas em muitos pontos, e ainda nas civis, penais e mesmo de processo á preceitos applicaveis à vida administrativa do estado, sendo portanto tais leis igualmente fonte do direito administrativo; e fonte directa, não simplesmente aussiliar.

Como a lei é geral, estabelecendo princípios e não descendo aos pormenores ou minuciosidades de applicação, e como a administração (órgãos administrativos) é quem executa, explicando e acomodando o princípio da acção às circunstâncias do meio, empregando e desenvolvendo as forças vivas da sociedade de harmonia com o pensamento do legislador, — aqui surge uma outra fonte, vasta e importante, posto que mediata, do direito administrativo. Estão neste caso os *decretos* e *regulamentos* emanados do poder executivo e os *regulamentos* providos de outras entidades administrativas dentro dos limites e segundo as competências especiais que a lei lhes determina. Estas denominações podem reduzir-se à de *regulamento*, tomada em um sentido jenérico, pois que representam disposições emanadas da *faculdade regulamentária da administração*.

Não entraremos neste logar na apreciação dos caracteres especiais que se dão entre as duas formas de manifestação da vontade do estado, — a lei e o regulamento —, manifestação feita por órgãos diversos. Conquanto essas duas formas en-

(1) Vej. a not. (1) de p. 137; vej. BRUNIALTI, obr. cit., p. 87. Sôbre a força obrigatória do costume em direito civil, vej. dr. ALVES MOREIRA, obr. cit., p. 11.

trem no campo do direito administrativo, a antítese que as caracteriza perde de importância, quando são consideradas sob o aspecto de fontes do direito, visto que ambas correspondem à declaração expressa da norma jurídica, nada importando para o caso o diverso alcance da força imperativa da lei e do regulamento, ou a diversidade de origem, quanto ao poder que lhes dá a forma exterior (1).

35. — Jurisprudência e doutrina; ciências auxiliares.

Constituem interpretação das disposições de lei ou de regulamento as decisões dos tribunais e dos órgãos superiores administrativos, dando assim existência à *jurisprudência administrativa*.

«A palavra *jurisprudência*, dizem GINER Y CALDERÓN (2), em um dos seus sentidos, denota a interpretação uniforme e constante de uma regra de direito; em outra acepção mais restrita, a que resulta dos actos ou decisões particulares dos poderes públicos; e em outra, ainda mais restrita e rigorosamente técnica, a que diariamente vão estabelecendo os tribunais de justiça relativamente às regras que são chamados a aplicar em cada caso».

«A jurisprudência, acrescenta POSADA, é uma função *oficial* do poder constituído encarregado de aplicar o direito: o seu objecto principal é a interpretação da regra jurídica na sua variada adaptação aos casos concretos; a jurisprudência esclarece a lei, armoniza os precedentes, amolda o direito escrito às circunstâncias, e pode contribuir poderosamente para a sistematização do direito positivo».

Conquanto o magistrado tenha de julgar *secundum leges* e não *de legibus*, muitos casos á em que êle se pode tornar

(1) Vej. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo*, no *Primo trattato* cit., vol. III; BRUNIALTI, cit. *Dir. amm.*, p. 61 e s.; SANTI ROMANO, obr. cit., p. 16 e s.

(2) Citados por POSADA, cit. *Trat. de der. adm.*, t. I, p. 135.

órgão de novas necessidades de direito, quer levando a interpretação tão longe quanto possível, sem se colocar em desacôrdo com o texto da lei, quer servindo-se da ampla faculdade de avaliar o facto e as provas. Pode assim a jurisprudência ter uma importância grande na evolução do direito; e isto ainda mais no campo administrativo, tanto pela maior imperfeição técnica das leis respectivas; que por isso mais livre deixam a tendência do majistrado, como por freqüentemente se ligar ao facto o elemento político. Compreende-se bem como uma constante jurisprudência acêrca de um texto de lei possa terminar por fazer adquirir, praticamente, a uma interpretação judiciária um valor semelhante ao de uma interpretação autêntica dada pelo legislador. E dêste modo pode a autoridade da jurisprudência chegar a constituir, mediatamente, uma fonte de direito, dando origem a uma como que espécie de direito consuetudinário. É bom todavia não olvidar que o majistrado não deve iludir e muito menos derogar a lei, e que é sempre lícito discutir uma interpretação judicial e deixar de a seguir, pois que tal interpretação não tem o valor de interpretação autêntica (1).

Se a jurisprudência não tem, como acabamos de dizer, o valor de interpretação autêntica, ela pode todavia ser um importante elemento de cultura jurídica; e sob êste aspecto ela entra bem no campo da *doutrina*, como fonte aussiliar do direito administrativo.

A ciência, com a sua parte racional e filosófica e com os princípios jerais do direito, vale por certo como fonte aussiliar e talvez mesmo supletiva do direito administrativo. As suas manifestações são as obras dos jurisconsultos e dos publicistas; podendo ainda referir-se os relatórios de que os ministros precedem os decretos que publicam e as propostas de lei que apresentam ao parlamento e os pareceres das comissões par-

(1) Sobre interpretação jurídica, vej. dr. ALVES MOREIRA, obr. cit., p. 36.

lamentares juntos aos projectos de lei que são submetidos a discussão parlamentar.

Da ciência do direito administrativo são auxiliares, além de outros ramos da ciência jurídica, como a ciência do direito constitucional, a do direito civil e respectivo processo, a do direito penal, a do direito eclesiástico pelas relações da sociedade civil com os representantes da igreja, outrossim a ciência da economia social e a da estatística, que lhe fornecem normas indispensáveis de direcção e o necessário conhecimento dos factos, etc., e enfim a filosofia do direito no que as suas teorias possam servir ao direito administrativo (1).

SECÇÃO III

Fontes particulares do direito administrativo português

36. — Monumentos ou fontes legais do direito administrativo português.

Depois de aver tratado das fontes do direito administrativo em geral convém falar dos monumentos ou documentos em que se contém o direito administrativo português.

Como em todo o estado regularmente organizado, também em Portugal teem efectividade as espécies de fontes, a que nos referimos na secção antecedente, tanto as originárias ou immediatas, como as derivadas ou secundárias. Aqui porém só nos queremos referir às fontes particulares positivas do direito administrativo português, como documentos ou monumentos

(1) Vej. sobre a matéria das fontes do direito administrativo, além dos escritores já referidos, COLMEIRO, obr. cit., t. I, n.ºs 70-73; STEIN, obr. cit., p. 33, n.º 30; LORIS, obr. cit., p. 15; PRESUTTI, obr. cit., p. 88; BRUNIALTI, *Dir. amm.* cit., p. 57. Quanto a relações do direito administrativo com outros ramos jurídicos e outras ciências, vej. BRUNIALTI, obr. cit., p. 43 e s.; MEUCCI, obr. cit., p. 3; VIVEIROS DE CASTRO, obr. cit., p. 82.

legais em que êsse direito se encontra, indicando-os de um modo jeral e muito sumariamente.

1) — *Carta constitucional e mais leis constitucionais.*

Não só a organização administrativa de um estado deve ser análoga às suas instituições políticas, mas nem o disposto nas leis constitucionais nem o seu espírito podem ser contrariados por quaisquer disposições de ordem administrativa. O direito constitucional é em muitos pontos base directa do direito administrativo. Disse Rossi (1) que, «se o direito constitucional nos dá a conhecer os traços jerais da organização social e política do país, o direito administrativo mostra-nos a máquina política nas suas menores minúcias e nas suas numerosas aplicações». Êste pensamento fez dizer a Ducrocq (2) que «é no direito constitucional que se encontram as epígrafes dos capítulos do direito administrativo», parafraseando assim também Rossi, quando êste diz que «é no direito público que se encontram os títulos dos capítulos do direito privado»; e o sr. dr. LARANJO (3) considera o direito administrativo como uma prolongação do direito constitucional. São portanto as leis constitucionais a primeira fonte que devemos indicar do direito administrativo, não por as suas disposições serem propriamente regras de direito administrativo, mas pela razão antes dita de lhe servirem de base. Veja-se, por exemplo, o princípio da divisão dos poderes (carta constitucional, art. 10 e 11), o qual por vezes tem sido invocado em resoluções do conselho de estado e do supremo tribunal administrativo para se considerar incompatível a acumulação de funções judiciais com funções administrativas.

2) — *Leis administrativas.*

Estas leis podem ter um carácter político-administrativo ou mais especialmente administrativo: as primeiras prendem prin-

(1) *Cours de droit constitutionnel*, Paris, 1866, t. I, p. LVIII.

(2) Obr. cit., 6.ª ed. (1881), t. I, p. 4; vej. a 7.ª ed. (1897), t. I, p. XXVIII.

(3) Obr. cit., p. 11.

principalmente com o organismo público, as segundas regulam os diversos serviços administrativos.

Das primeiras devemos especializar o código administrativo, código de organização da parte fundamental da administração local, no qual, ao determinar-se a competência dos diferentes órgãos locais, se estatuem disposições que prendem com leis reguladoras de serviços públicos jeraais, como, por exemplo, sobre serviços de viação, cadeias comarcãs, prospecto e alinhamento de edificios, cemitérios, etc. (1).

3) — *Código civil e código do processo civil.*

Pelo código civil se rejem as relações de direito privado, que o estado, o distrito, o concelho, a paróquia e os institutos públicos e de utilidade pública, considerados como pessoas morais, podem ter entre si ou com os particulares (2). Mas, além das disposições de mero direito civil, a no código civil preceitos de verdadeira natureza administrativa. Basta indicar o art. 381, onde se definem as águas comuns, acêrca das quais, devendo ter presentes os art. 434 e seguintes do mesmo código, podem as câmaras municipais estabelecer posturas, e bem assim onde se fala de baldios, dos quais também se occupa o direito administrativo (3).

Também o código do processo civil pode fornecer normas ao processo administrativo, como se vê dos art, 9 § 3.º e 24 do regulamento de 12 de agosto de 1886 (regulamento do processo perante os tribunais administrativos de primeira instância) e dos art. 2, 3 e § 3.º, 8 §§ 2.º e 5.º, 13.º § ún., 26 e 27 § ún. do regulamento de 27 de julho de 1901 (regula-

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 40 n.º 6 e 50 n.º 11, 50 n.º 6, 52 n.º 8, 50 n.ºs 21, 22 e 23, 176 n.º 2.

(2) Vej. *Cód. civ.*, art. 3, 32, 37 e 382 § ún.

(3) Vej. *Cód. adm.*, art. 53 n.º 3, 50 n.º 1, 51 n.º 2, 176 n.º 20 e 429 e §§. De proveito é ainda por vezes a consulta da antiga legislação: assim as velhas *Ordenações do reino* definem no liv. II, tit. 56, o que sejam *vizinhos de um logar* e no liv. IV, tit. 43, falam de *baldios*, servindo o que ali se diz para melhor entendimento de alguns dos preceitos antecedentemente referidos do código administrativo. Vej. res. do supr. trib. adm. de 27 maio 1885 na *Rev. de leg. e jur.*, vol. XXVII, p. 30.

mento do processo perante os auditores administrativos), os quais nos casos omissos mandam observar aquele código.

4) — *Código penal.*

Este código reprime os delitos e infracções praticados contra a ordem pública, e em especial os cometidos por funcionários públicos, assuntos que, bem como outros de que trata, prendem com a administração pública. Assim, por exemplo, os art. 345 a 348 do código penal estabelecem disposições relativas à exposição e abandono de infantes, matéria também, em certo sentido, da competência das câmaras municipais (1).

5) — *Decretos, regulamentos e instruções.*

Estes diplomas, emanados do govêrno, são destinados ao desenvolvimento e à execução das leis, e por vezes também são actos da exclusiva competência ministerial.

Esta fonte forma a parte mais abundante e característica da legislação administrativa (2) e corresponde à faculdade regulamentária do poder executivo.

6) — *Portarias; resoluções ministeriais.*

Algumas vezes as *portarias* teem carácter jeral, como quando aprovam instruções de ordem regulamentar, e então entram na categoria da fonte anteriormente designada. A maior parte das vezes porém elas simplesmente conteem o voto ou a interpretação do ministro signatário acêrca do caso especial de que tratam; são portanto em tais casos um elemento de interpretação de lei, de decreto ou de regulamento. Também em alguns casos são expedidas em virtude de resolução do ministro respectivo sôbre petição dirigida ao govêrno.

As *resoluções ministeriais* correspondem a decisões dos ministros dadas, no uso das suas faculdades executórias, aos agentes seus subordinados sôbre assunto de serviço público, ou dadas no uso das faculdades graciosas da administração, nas relações desta com os administrados, sôbre requerimento dês-

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 50 n.º 25.

(2) Vej. *C. const.*, art. 75 § 12.

tes. Quando a decisão ministerial fica doutrina, que deva tornar-se jeral para a resolução de casos semelhantes, ela pode ser o fundamento de portaria, como antecedentemente notámos.

Tanto as portarias nos dois últimos aspectos indicados, como as resoluções ministeriais, embora só obriguem (e salvo recurso, quando o aja) nos casos que ventilam, poderão constituir precedente de valor para a resolução de casos idénticos, se se inspirarem nas razões determinadoras da disposição legal em que se fundam.

7) — *Resoluções do supremo tribunal administrativo.*

As *resoluções do supremo tribunal administrativo* definem o direito para o caso concreto de que tratam, valendo por si mesmas como sentenças nos casos em que êste tribunal tem jurisdição própria; nos casos em que a não tem, o seu valor é o de simples consultas para o govêrno, o qual, aceitando-as, lhes dá fôrça decretória.

As resoluções do supremo tribunal administrativo constituem a jurisprudência administrativa em sentido estrito; elas, rejeitando embora só o caso concreto que decidem, concorrem para o desenvolvimento do direito administrativo pelas razões de decidir em que se fundam, e, quando uniformes na interpretação de texto obscuro ou duvidoso, teem grande valor de autoridade, por virtude do carácter official de que são revestidas, posto não sejam de observância obrigatória para o julgador.

8) — *Disposições da administração local.*

Às fontes do direito administrativo português de que temos falado devem juntar-se as disposições emanadas das autoridades locais e dos corpos administrativos, as quais revestem principalmente as denominações de *regulamentos, posturas e instruções*.

9) — *Costume.*

Para o costume poder ser fonte particular do direito administrativo português, deve êle satisfazer aos requisitos da lei

de 18 de agosto de 1769. Assim, não á entre nós costume derogatório (*contra legem*); pode porém em direito administrativo aver costume introdutivo (*praeter legem*), ou interpretativo (*secundum legem*).

São principalmente de carácter local os costumes que no direito administrativo português se podem invocar.

Convém aqui notar que, embora sem fôrça jurídica, salvo se lhes for dada por algum preceito legal, diversos usos e praxes tradicionais se observam no desempenho dos serviços administrativos, principalmente a dentro das secretarias e repartições, quer dos serviços jerais do estado, quer dos da competência das autarquias locais.

37. — Fontes doutrinaiis.

O que em o n.º 35 se disse da doutrina, como fonte jeral do direito administrativo, é applicável ao direito administrativo português, devendo ter-se em consideração não só as obras dos publicistas e jurisconsultos portugueses, mas ainda as dos estrangeiros, principalmente franceses, visto que a nossa legislação administrativa tem em muitas matérias seguido atrás da legislação francesa.

As fontes doutrinaiis, além de concorrerem para a elaboração científica do direito administrativo, são ainda subsídio de interpretação das disposições legais. Mas como subsídio de interpretação á a designar muito especialmente os relatórios e pareceres que precedem as propostas e os projectos de lei e as discussões dêsses projectos no parlamento, e bem assim os relatórios justificativos dos decretos do poder executivo.

Também nos considerandos das resoluções ministeriais e das do supremo tribunal administrativo á por vezes razões de doutrina, o que faz com que aquelas fontes legais entrem igualmente no grupo das fontes doutrinaiis.

SECÇÃO IV

Codificação do direito administrativo

38. — A questão geral da codificação.

Ventilaram SAVIGNY e THIBAUT a questão da conveniência da codificação do direito. Atacava SAVIGNY a codificação, porque, sendo o direito o resultado espontâneo das necessidades de um povo e não a obra de sábios, viria a codificação contrariar a evolução e transformação continua do direito, a sua formação histórica. THIBAUT defendia-a, como simplificadora do direito e meio de difundir o seu conhecimento (1).

Apesar dos argumentos filosóficos aduzidos por SAVIGNY e por os sectários da sua doutrina, manifestou-se no direito positivo a tendência para a codificação, tornando-se dominante, e realizando-se em quasi todos os povos a codificação do direito civil, commercial, penal e do processo.

Justificando a codificação, disse o dr. RODRIGUES DE BRITO (2) que, — quando as leis em um povo se teem amontoado e sobreposto durante séculos, as opiniões dos intérpretes se dividem e se contradizem, os juizos e as leis, os usos e praxes do fôro se enredam e confundem; é indispensável, para evitar a *incerteza* do direito, organizar-se um código que, *simplificando* a legislação e *coartando* a arbitrariedade judicial, *regule* e *assegure* ao mesmo tempo o *exercício legítimo* dos direitos individuais, *iniciando* os povos e os individuos em um estado de civilização mais perfeita; — que a codificação *não interrompe* o desenvolvimento natural da legislação nem os trabalhos da ciência jurídica, nem *destrói* os usos e costumes do povo;

(1) Vej. dr. LARANJO, obr. cit., p. 17; BENTHAM, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, extrato por ET. DUMONT, Paris, 1828, p. 323 e s.

(2) *Philosophia do direito*, 2.^a ed., Coimbra, 1871, p. 376.

porque, *expressando* a forma jurídica do tempo, *reforma* o passado em vista das novas ideas que tendem a implantar-se, e porque, quando as suas prescrições estejam em opposição com as novas ideas, e não correspondam às necessidades e legítimas aspirações do povo, deve o código ser *revisto* e *reformado*; — que a *feitura* de um código é sempre *oportuna*, quando se teem satisfeito as condições da *codificação*; porque o povo vive então melhor e progride mais, do que sujeito à arbitrariedade das interpretações e à incerteza dos *arestos*.

Mas o que deve entender-se por um *código*?

SAVIGNY, considerando como *código* — o conjunto do direito existente, com a sanção exclusiva do governo —, parece supor a sistematização reflectiva e coactiva de todo o direito de um povo; e assim corresponderia aos antigos corpos jurídicos, aos quais por vezes era dado o nome de códigos, podendo indicar-se os códigos romanos, e entrando posteriormente no mesmo conceito outras compilações, como, por exemplo, entre nós as *Ordenações do reino*. Mas, conquanto à palavra *código*, do latim *codex* (1), possa atribuir-se uma tal acepção, não é a tais corpos jurídicos que modernamente se dá o nome de códigos; oje, em mais restrita acepção, considerada técnica ou científica, a palavra *código* corresponde, no dizer do dr. RODRIGUES DE BRITO (2), a uma síntese legal de preceitos e regras, que dominam e rejem certa ordem de relações jurídicas. Um código é pois um conjunto de disposições legais, obra do legislador promulgada pela autoridade pública, representando um sistema completo de legislação sobre um dado ramo de direito ou sobre certa ordem de relações jurídicas; ou, como diz o sr. dr. ALVES MOREIRA, uma compilação ordenada e sistemática de todas as normas jurídicas respeitantes a um determinado

(1) POSADA, cit. *Trat. de der. adm.*, t. I, p. 180, deriva a palavra *código* de *condere*: fundir, reunir, ligar. Esta etimologia está refutada. Vej. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *O problema da codificação do direito civil*, Coimbra, 1906, p. 33; dr. ALVES MOREIRA, obr. cit., p. 131.

(2) Obr. cit., § 456, p. 377.

ramo de direito, ou a certa ordem de relações sociais, feita pelo poder legislativo (1).

Trabalhos semelhantes podem ser feitos por particulares, tanto coordenando e reduzindo a sistema e forma as leis já existentes, como introduzindo preceitos não ainda em vigor; porém estas coordenações ou sistematizações teem apenas o valor que deriva da autoridade científica dos seus autores.

Indicados os termos em que deve ser entendido o problema da codificação, vendo por um lado que a codificação aplicada à legislação civil, à commercial, à penal e à do processo tem tido a confirmação legislativa e feito progressos nos estados civilizados, e por outro lado notando a falta jeral de codificação administrativa, — natural se apresenta a discussão dêste último problema.

39. — Posição do problema da codificação do direito administrativo.

Um dos caracteres peculiares das leis de ordem administrativa é a falta quasi absoluta do elemento tradicional. O que a êste respeito opina HAURIU (2) acêrca do direito administrativo francês, dizendo que é um *jus novum*, pois que, salvas algumas raras excepções, as leis e os regulamentos que o conteeem, não vão, em data, além de 5 de maio de 1789, e que ORLANDO (3) applica ao moderno estado italiano, dá-se igualmente em relação a Portugal, onde depois do estabelecimento do rejime liberal se operou, por assim dizer, uma renovação completa na legislação administrativa.

Outro carácter especial apontado às leis administrativas é a sua mutabilidade ou instabilidade, o que não só deriva da falta do referido elemento tradicional, mas principalmente provém das condições peculiaríssimas da sociedade actual, como

(1) Dr. ALVES MOREIRA, obr. cit., p. 132.

(2) Obr. cit., 2.^a ed., p. 59.

(3) Vej. *Primo tratt. cit.*, t. I, p. 1078.

que ainda sujeita ao impulso das revoluções donde saíu e agitada por aspirações irrequietas, quanto às graves questões sociais.

Aquella mutabilidade ou instabilidade mais se agrava com a defeituosa redacção das leis modernas. Saem estas de assembleas numerosas, não só como tais mais aptas para a proclamação dos grandes princípios, do que para a organização de um sistema legislativo, mas em que o elemento verdadeiramente técnico é em jeral escassamente representado, sendo assim vencido por os que se supõem competentes; e ainda a obra legislativa sofre da indiferença a que modernamente é votada, prevalecendo o interêsse pelas questões de índole política.

Outro defeito grave provém da situação preponderante attribuída actualmente à função regulamentadora do poder executivo, limitando-se as leis a um pequeno número de preceitos ou artigos e deixando-se para os regulamentos disposições fundamentais, com detrimento assim das faculdades do poder legislativo; e êste defeito muito se avoluma, em virtude da multiplicidade de assuntos que a administração pública abranje e que o direito administrativo tem de regular.

A impressão dos diversos inconvenientes apontados encaminha naturalmente à questão da codificação do direito administrativo, como podendo esta ser um remédio para aqueles males. E se os estados teem chegado, como já se disse, à codificação do direito civil, do commercial, do penal e do do processo, não poderão êles realizar a do direito administrativo?

Assim se apresenta o problema da possibilidade e da utilidade da codificação do direito administrativo.

Para os defensores das soluções jerais da escola istórica a codificação do direito administrativo, como a de todo o direito, é rejeitada; mas não é dêstes que temos de ocupar-nos.

Falaremos sim das opiniões dos escritores, que, aceitando o princípio jeral da codificação, encaram todavia como problema especial, que pode admitir soluções diferentes, o da codificação do direito administrativo. A diversas soluções conduz a sua doutrina.

40. — As diversas soluções.

A) *Solução negativa*. Sustentam alguns escritores que o direito administrativo não pode ser codificado, e outros que, embora possa ser codificado, seria de inúteis resultados a sua codificação (1).

(1) Este segundo modo de ver é seguido por MALLEIN (*Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Paris, 1857; e depois no folheto *Faut-il codifier les lois administratives?*), fundando-se em que «o tempo, os usos e costumes dos povos induzem a frequentes novidades no direito administrativo e opõem-se à sua estabilidade e firmeza» (Vej. dr. LARANJO, obr. cit., p. 18).

DE GIOANNIS (Obr. cit., t. I, p. 177) diz que o direito administrativo apresenta no mais alto grau o carácter de mutabilidade; e crê que, apesar dos enjenhosos esforços de SOLON para formar um verdadeiro código administrativo, a legislação administrativa, por sua própria essência, se presta muito mal a uma verdadeira codificação, pelo menos no sentido de um código ficso e duradouro, pois é da natureza da legislação administrativa o ser em grande parte variável, o estar constantemente sujeita às repetidas e numerosas mudanças das matérias sociais a que se refere.

Exprime-se no mesmo sentido MANTELLINI (*Lo stato e il codice civile*), o qual considera a política e a administração impossíveis de codificar, por os seus factos serem multiformes e complexos em suas circunstâncias de lugar, tempo e mais condições (Vej. POSADA, *Der. adm.* cit., t. I, p. 183).

DI BERNARDO (obr. cit., t. II, p. 637), notando que, ao contrário do que se tem dado com o direito civil, nem as antigas nações nem as modernas teem codificado o direito administrativo, procura a razão d'este facto; e, vendo que as proviões das leis administrativas, fundadas sobre o conhecimento da sociedade actual e dos seus actuais interesses, são ordinariamente de curta duração, e que os interesses se modificam, as opiniões e os juizos variam, o mundo caminha, e portanto também mudam as regras, a direcção e os critérios de governo, conclui pela impossibilidade da codificação das leis administrativas.

MELLADO (obr. cit., p. 93) entende que, tal como actualmente a administração se acha organizada, não é possível a codificação administrativa; que o codificar preceitos jeraes, isto não constitui um verdadeiro código, e codificar a lei positiva, seria inútil, pois esta pode mudar nas suas formas e nas suas particularidades a cada instante; que, sendo um código uma ordem sistemática de leis que rejem matérias que teem entre si íntima conexão, como o direito administrativo não pode corresponder a este conceito, seria difícil, se não impossível, a sua codificação; que só poderia fazer-se a compilação de certas matérias; que, estando estas sujeitas a mudanças repetidas, e sendo fundamento da administração a equidade e a variabilidade, não pode formar-se um código de toda a matéria administrativa.

MEUCCI (obr. cit., p. 19), que distingue na legislação administrativa o elemento jurídico e o técnico, supõe difícil em um trabalho legislativo separar os dois elementos, pela conexão que á entre elles e pela sua acção recíproca; e diz que, sendo o fim de um código administrativo a certeza e estabilidade do direito, seria de temer que, mudando o dado positivo que dá forma e espirito a uma instituição, e variando assim a applicação do principio de justiça, se devesse sacrificar á estabilidade do código a oportunidade e utilidade pública de uma mudança, ou vice-versa sacrificar a esta a estabilidade e simetria do código. E seria cousa fácil prescindir no código das formas, do organismo, das competências de uma instituição administrativa e portanto daquela

Fundamentam êles a sua opinião em diferentes razões, que se podem condensar no seguinte : — um código implica a idea de uma ordem sistemática das leis que rejem as matérias de um ramo jurídico, tendo ficsidez e duração ; ora os novos aspectos que a vida administrativa constantemente apresenta em virtude das repetidas alterações nas matérias sociais, a complecsidade e as múltiplas formas que apresentam os factos que constituem o conteúdo do direito administrativo, a falta de madureza no desenvolvimento do mesmo direito, e até a mudança nos critérios, direcção e normas de govêrno, — tudo isto dá ao direito administrativo um carácter de mutabilidade e instabilidade que impossibilita ou torna inútil a sua codificação.

B) Solução afirmativa. Outros escritores sustentam a possibilidade, utilidade e até necessidade da codificação do direito administrativo (1).

parte técnica, política e variável? Conclui MEUCCI que, sem negar *a priori* a possibilidade da codificação administrativa, se limita a notar que o direito administrativo ainda não atinjiu aquele grau de madureza e de desenvolvimento que é necessário, ou para tentar uma codificação, ou para demonstrar que ela é impossível.

Segundo POSADA (*Der. adm. cit.*, p. 181 e 183) seguem também esta solução ROCCO, CARMIGNANI, LAFFERRIÈRE e ORLANDO. Todavia LAFFERRIÈRE, o qual SANTAMARIA DE PAREDES (*Der. adm. cit.*, p. 44) e ORLANDO (*cit. Prim. tratt.*, t. I, p. 1083, not. 2) igualmente colocam no grupo dos que rejeitam a codificação administrativa, LAFFERRIÈRE, dizemos, ao terminar a introdução da 5.^a edição (1860) do seu *Cours de droit public et administratif*, declara (p. XLVIII) que esta edição pode representar como que o esboço do código administrativo, código que ainda falta à França moderna e que seria para o govêrno francês um glorioso monumento a levantar ao lado do código civil. Em um artigo que publicara nas *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* (3.^a série, t. XXIV, p. 278, cit. por COLMEIRO, *obr. cit.*, t. I, p. 37, not.) LAFFERRIÈRE parecia manter-se em reserva.

Quanto a ORLANDO, no trabalho *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (p. 17), citado por POSADA, diz êle que o direito público não se codifica, não só pela razão, grave ainda que transitória, da sua pouca elaboração actual, senão principalmente porque a própria índole das suas relações se não presta, não já a uma codificação, mas muitas vezes nem sequer a uma declaração lejislativa.

Isto levou POSADA a colocar ORLANDO nesta solução negativa. Em trabalho posterior ORLANDO (*Primo tratt. cit.*, t. I, p. 1084) declara que adere à opinião intermédia; mas das suas considerações aí expostas vê-se que nega a possibilidade actual da codificação administrativa e nem julga próximo o momento em que esta seja possível.

(1) SOLON chegou a formular o esquema de um código administrativo.

BONNIN (*obr. cit.*, p. xx e xxv, 397 e s., 425 e s.) em principios do século XIX advogava calo-

Como razões a favor desta opinião, tem-se dito que, por natureza, o direito administrativo tem, como qualquer outro

rosamente a feitura de um código administrativo. Para êle um código administrativo deveria ser a reunião, em um sistema legislativo, de todos os *principios fundamentais* em matéria de administração pública, não devendo confundir-se as disposições legislativas, que são matéria de um tal código, com as leis dadas sobre objectos particulares de administração e os simples regulamentos administrativos, que podem variar conforme os tempos e as circunstâncias, porque propriamente não são senão modos de execução das primeiras (Vej. o mesmo autor nos *Principes d'administration*, 3.^a ed., Paris, 1812, t. III).

Segundo MEUCCI (obr. cit., p. 20), BATBIE segue orientação semelhante.

DE GÉRANDO (obr. cit., 2.^a ed., *Avertissement*, p. VIII) diz que nem todas as disposições dos regulamentos emanados da administração pertencem a um verdadeiro código administrativo, mas só as que tem um carácter de generalidade e de duração, que fundam um direito ou que regulam o exercício de um direito, isto é, as que respeitam às obrigações mútuas da administração e dos administrados, não devendo portanto êsse código compreender as que só tem por objecto a parte puramente técnica dos serviços públicos.

TROLLEY [*Traité de la hiérarchie administrative*, Paris (Plon Frères) 1854, t. I, pref., p. vi] pensa que um código administrativo seria ainda mais importante do que um código civil. Vai entretanto dizendo que o direito administrativo é essencialmente variável e arbitrário.

COTELLE (*Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, 2.^a ed., Paris, 1838, t. I, p. 185), dizendo que um código é um sistema de disposições meditado, composto e publicado pelo legislador, sobre uma matéria especial, também reconhece a necessidade e a possibilidade de se codificarem as leis administrativas.

MANNA, referido por SANTAMARIA (*Der. adm. cit.*, p. 45), diz que o direito administrativo consta, por natureza, de bases fixas e permanentes, e não deve estar em contínua e desordenada mudança, mas seguir com passo lento e progressivo o desenvolvimento da vida nacional: por outro lado, nada impediria uma revisão periódica do código acomodada às mudanças em cada período da legislação do estado; e TELESIO, anotador de MANNA (*Principii di diritto amministrativo* di GIOVANNI MANNA con Appendici e note de GIOVANNI TELESIO, 1876, p. 56), reclama como obra de verdadeira utilidade a codificação do direito administrativo (Vej. POSADA, *Der. adm.*, cit., p. 184).

DUCROCQ entende que no decurso do século XIX o direito administrativo se constituiu, existindo actualmente como ciência distinta a par dos outros ramos codificados da legislação, e que as mesmas razões, que legitimaram estas codificações, justificam oje a redacção de um código administrativo, considerando que tal codificação pode já ser empreendida. Combate os dois argumentos da multiplicidade e da mobilidade das leis administrativas invocados contra a sua codificação: quanto á multiplicidade, mostra que muitas vezes se exajera o seu alcance, querendo juntar às leis os regulamentos, quando o código é obra do poder legislativo e os regulamentos são obra do poder executivo, e os preceitos regulamentares devem ficar fóra da codificação das leis administrativas; quanto á mobilidade, diz que em todo o ramo de legislação á dois elementos, um fixo, outro variável, seguindo o progresso das ideas e as transformações sociais, e assim é que muitas disposições dos códigos civil, commercial, penal e do processo tem sido modificadas, e por outro lado vigoram disposições administrativas que ainda veem do antigo regime. Refere-se enfim ás vantagens que resultariam da codificação administrativa, as quais não seriam menores do que as providas das outras codificações (DUCROCQ, obr. cit., 7.^a ed., t. I, pref., p. XVII e s. Vej. POSADA, cit. *Der. adm.*, t. I, p. 177; SANTAMARIA, cit. *Der. adm.*, p. 44).

BRUNIALTI (*Der. adm. cit.*, t. I, p. 96) não julga descabido o desejo de uma limitada codificação

ramo do direito, bases fixas e permanentes; que um código administrativo deve conter os elementos fundamentais da administração pública, os quais são obra do poder legislativo, e não as disposições regulamentares, que não tenham o carácter de generalidade e de duração, as quais são da atribuição do

administrativa. «A grande vastidão, diz elle, da legislação administrativa, a sua instabilidade e variabilidade, longe de contrariarem a formação de um tal código, deveriam aconselhá-lo, a fim de dar mais firmes e claros fundamentos aos direitos e deveres da administração pública, dos funcionários que a praticam, aos direitos e à acção dos corpos locais, e melhor tutelar emfim os direitos dos cidadãos».

POSADA diz que a questão não é fácil de resolver, desde que para se fazer o código administrativo se requeiram as circunstâncias a que SAVIGNY se refere (*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, trad. esp., cap. II, v, VII e IX, cit. por POSADA): — uma técnica jurídica adeantada e oportunidade política, perfeito conhecimento do objecto pelos juristas da época e sentimento vivo do direito no povo —; porque o direito administrativo está longe de se encontrar nas condições exigidas para se produzir um código tecnicamente perfeito, faltando-lhe todos os requisitos que IHERING (*L'esprit du droit romain*, t. III, p. 59-61, cit. por POSADA) reclama para que aja um *corpo jurídico* (codificável), isto é, — 1.º, *noção* precisa do direito administrativo; 2.º, *sujeito* indiscutível; 3.º, objecto claramente determinado. Mas acrescenta que é preciso não forçar demasiado os termos; pois que em rigor, pode-se dizer que nenhum ramo de direito dos actualmente codificados se encontra na situação de se organizar em código, que satisfaça aos requisitos antes ditos, não estando neste ponto o direito administrativo em peor condição do que qualquer outro ramo jurídico. Alude POSADA aos defeitos que SAVIGNY apontou ao código civil francês, e põe em dúvida se do intento de codificar o direito administrativo em Espanha resultaria obra mais imperfeita do que o código civil espanhol.

Entende POSADA, resumindo a sua opinião, poder afirmar: 1.º, que o direito administrativo não está positivamente nas condições desejáveis para ser obra legislativa em forma de código sistemático. verdadeira representação orgânica de um ideal do *direito*; 2.º, que o direito administrativo, sem embargo disto, não está em piores condições que os demais ramos do direito para ser objecto de uma codificação análoga à feita nestes ramos; 3.º, que no direito administrativo á elementos fundamentais de certa persistência, que é possível e conveniente definir e fixar juridicamente, e 4.º, que em todos os povos se nota uma tendência pronunciada para a estabilidade e normalidade das instituições administrativas, tendência que dentro de certos limites o legislador deve acentuar.

Depois POSADA, pondo o problema ante o direito administrativo espanhol, diz: — «Se limitarmos as nossas aspirações ao possível; se não dermos ao código o valor técnico acima indicado; se apenas o considerarmos como modesta manifestação de um esforço por parte do legislador para definir uma esfera do direito, que evidentemente existe, e como intento de coordenação e ordenação em um *monumento legal* de princípios e regras dispersas e ás vezes contraditórias, a obra da codificação do direito administrativo não é impossível nem seria completamente inútil». E conclui que a obra do legislador poderia orientar-se na ordenação sistemática, a partir dos preceitos constitucionais, que são a base actual da organização político-administrativa, abraçando em seguida o que se á legislado: 1.º, sobre o poder administrativo em geral; 2.º, sobre a organização administrativa; 3.º, sobre as diferentes matérias da administração, e 4.º, sobre o processo e a jurisdição administrativos.

poder executivo e devem ficar fora da codificação administrativa; que se exajera o alcance das condições de multiplicidade e de mobilidade, pois que a multiplicidade está principalmente na parte regulamentar, e, quanto à mobilidade, esta prende-se especialmente ao aspecto político, emquanto que o elemento administrativo propriamente dito ou técnico é estável, e nem a mobilidade é privativa do direito administrativo, pois todo o direito tem uma parte móvel, que acompanha as transformações sociais; que mesmo a suposta imobilidade do direito civil é apenas aparente, sendo actualmente objecto de pretendidas transformações bastantes das instituições que os códigos civis abranjem; que, tendo sido revistos ou avendo experimentado alterações os códigos dos outros ramos do direito, também o código administrativo seria revisto ou modificado, quando as circunstâncias o exijissem; que até seria conveniente a codificação para dar maior firmeza à legislação administrativa e mais segura tutela aos direitos dos cidadãos (1).

C) *Solução intermediária*. Segundo outros autores, não podendo o direito administrativo no seu estado actual codificar-se de um modo completo, deve-se procurar consegui-lo de futuro, mediante trabalhos de ordenação doutrinal, recopilações particulares ou oficiais e codificações parciais; mas uns rejeitam qualquer codificação oficial, azeitando só a elaboração científica ou particular; outros propugnam desde já as codificações parciais oficiais (2).

Entre as conclusões apresentadas ao congresso jurídico es-

(1) Entre os sectários da solução afirmativa são colocados MUSSO e MINGHETTI por POSADA (cit. *Der. adm.*, t. I, p. 182 e 184) e TANGO e SPOTO SANTANGELO por BRUNIALTI (*Dir. amm.* cit., p. 92, not. 1).

(2) DE GÉRANDO, que já incluímos na solução anterior, no que concordámos com o sr. dr. LARANJO (obr. cit., p. 17), é por POSADA (*Der. adm. cit.*, p. 182), e SANTAMARIA (*Der. adm. cit.*, p. 44) colocado nesta solução intermédia.

COLMEIRO rejeita a hipótese de um código oficial (obr. cit., t. I, p. 37, not.), declarando-se favorável à codificação doutrinal, s. bem que no final das suas considerações parece inclinar-se à futura possibilidade da codificação oficial.

panhol, celebrado em Madrid em 1886, figurava a seguinte : «Deve procurar-se como complemento das reformas a introduzir na jurisdição contencioso-administrativa, chamada a regular a vida de relação entre o estado e os particulares, a *codificação administrativa*, a cujo ideal pode chegar-se por meio da codificação parcial, feita oficialmente por matérias, começando por aquelas em que as leis sejam mais completas e adeantadas, tenham maior carácter sistemático e sofram menos a influência dos partidos e das situações políticas, e por trabalhos doutriniais que preparem a sistematização, que hoje não existe, do direito administrativo» (1).

SANTAMARIA DE PAREDES (2) segue : 1.º, que não pode duvidar-se da *utilidade* de um código oficial administrativo, na hipótese de ser possível ; 2.º, que *não considera impossível* a existência de um código administrativo como ideal a que deva aspirar-se ; 3.º, que, como meios para se chegar a êste ideal, podem aceitar-se *trabalhos doutriniais*, que preparem a sistematização do direito administrativo, a qual hoje não existe, e a *codificação parcial* feita oficialmente por matérias (3).

Atendendo ao estado actual da legislação administrativa, seguimos a opinião da possibilidade e utilidade das codificações parciais oficiais. As razões em que se apoia a solução afirmativa parecem-nos em grande parte aceitáveis, não para uma codificação total da legislação administrativa, mas para as codificações parciais ; e, se não desde já em relação a todos os assuntos que informam a administração pública, pelo menos

(1) Vej. POSADA, *Der. adm. cit.*, t. I, p. 182, not. 11.

(2) *Der adm. cit.*, p. 44.

(3) O sr. dr. LARANJO (obr. cit., § 11.º, p. 19) diz que, se é inconveniente reunir num só código toda a legislação administrativa, já o não é fazer códigos distintos : que pode fazer-se um código da administração central, outro dos corpos administrativos, outro dos estabelecimentos públicos e de utilidade pública ; que as leis sobre um determinado assunto se podiam sempre reduzir a um só diploma, coordenando-se todos em publicações oficiais ; que a experiência portuguesa não é desanimadora, pois que temos tido um destes códigos — o dos corpos administrativos —, e que, embora alguns desses códigos dos corpos administrativos durassem pouco tempo, a simplificação de direito que se alcançou valeu bem a pena de os fazer.

em bastantes dêles, por terem atinjido um mais completo grau de desenvolvimento e ficsidez.

Em todo o ramo de legislação administrativa, como em qualquer outra legislação, entram uma parte ficsa e constante, outra móvel ou variável; ou, como diz SAVIGNY, já referido, são dois os elementos de todo o direito:—o *técnico* e o *prático*. Aquele é constituído por princípios e regras certas e constantes por sua natureza; a estabilidade forma-lhe a essência, a mudança dá-se por excepção em caso de grandes acontecimentos. O elemento político é a base em que descansam a oportunidade da disposição jurídica e a utilidade da sua aplicação; estas disposições, por isso que são de si variáveis, cedem difficilmente à codificação.

Assim, as disposições legislativas que constituem a matéria própria de um código de qualquer ramo de administração são as que exaram os princípios fundamentais e regras jerajs para dirigir a administração e rejer as suas relações com os administrados. Os regulamentos, consequência dêsses princípios e regras, podem variar segundo a natureza das *cousas* que ordenam, ou cessar com as circunstâncias que os fizeram nascer ou com a época para que era destinado o seu efeito. O desenvolvimento dos princípios é uma necessidade prática; os regulamentos estabelecem os meios de os executar, e os meios, devendo corresponder às circunstâncias que os exigem, podem variar, sem que por isso mudem as disposições do código de que fazem aplicação.

Teem abortado algumas tentativas de códigos administrativos. Assim, em França, em 1858, ADOLPHE CHAUVEAU dirigiu ao senado uma petição referente à codificação do direito administrativo e juntava-lhe um programa de redacção; sôbre a petição foi dado parecer favorável e enviado aos ministros competentes, mas não teve mais seguimento. Em 1864 outra petição, provida de um magistrado antigo, foi enviada ao senado, a qual igualmente obteve parecer favorável, mas também sem mais resultado.

A falta de codificação do direito administrativo é um facto comum aos estados modernos, parecendo todavia que Portugal constitui excepção, visto que temos tido diplomas denominados códigos administrativos. Referindo-se a Portugal, diz ORLANDO (1) que este estado tem uma lei denominada *código administrativo*, mas que realmente nêle se não contém senão a organização administrativa. BRUNIALTI (2), falando também de tal código, diz que elle não comprehende senão as normas relativas à administração central (!). DUCROCQ (3), falando do *código administrativo* português, diz que este título é ambicioso, e que apenas se trata de uma lei de organização administrativa. Pondo de lado o êrro de BRUNIALTI, são em parte exactas as apreciações dos outros dois escritores, pois que os códigos administrativos portuguezes pouco mais teem sido do que diplomas que determinam a organização e a competência da parte fundamental da administração local. Mostra porém a existência destes códigos a possibilidade de codificações parciais; e, quanto à sua utilidade, basta dizer com o sr. dr. LARANJO: «a simplificação de direito que se alcançou valeu bem a pena de os fazer» (4).

(1) Cit. *Primo tratt.*, t. I, p. 1084.

(2) *Dir. amm. cit.*, t. I, p. 93.

(3) *Obr. cit.*, 7.^a ed., t. I, p. vi.

(4) *Vej. not.* 3.^a a p. 162.

CAPÍTULO III

Método e plano

SECÇÃO I

Método**41. — Indicação sumária.**

Nos factos da ordem administrativa revelam-se os princípios fundamentais da ciência da administração e as normas constitutivas do direito administrativo; e os factos de ordem administrativa são fenómenos sociais. O método a aplicar à determinação das leis que rejem aqueles factos não deve portanto divergir, quanto à sua base, do método próprio do estudo dos fenómenos sociais em geral. E sendo a lei uma relação necessária entre dois ou mais fenómenos, está naturalmente indicado o método positivo, — a observação —, como o que deve ser adoptado nas indagações da ciência da administração e do direito administrativo.

Mas, se a observação é o método geral, variados são os processos ou instrumentos de que á a fazer uso, constituindo outros tantos métodos especiais, de tanto maior valor e mais delicado emprêgo, quanto mais elevado é o grau de complexidade da ordem de fenómenos a que se aplicam, cada um dos quais, sendo o método característico de uma dada ciência, não exclui, antes utiliza, o concurso dos que o precedem. Assim dos métodos de observação directa e indirecta, experimental, de comparação, lógico e histórico, os quais todos formam o método indutivo, se deverá fazer emprêgo oportuno.

Não entraremos na apreciação do muito que se á escrito acêrca do método applicavel ao estudo das ciências sociais e particularmente das ciências jurídicas.

No campò da ciência da administração e do direito administrativo claramente se antolha que as relações dos factos, na sua imensa variedade, mobilidade e incerteza, não permitem fácilmente a afirmação do princípio constante que os reje. É necessário que se repitam os factos, que se multipliquem aquelas relações, para que o princípio melhor se possa induzir e emfim apresentar-se como uma realidade durável e certa.

Devem estudar-se cuidadosamente as condições do meio em que os factos se produzem; devem indagar-se istóricamente os precedentes dos institutos ou normas em vigor; devem comparar-se as instituições dos diversos estados, mas com conhecimento exacto e boa crítica, pois que os estados teem, como os indivíduos, caracteres, costumes e necessidades peculiares, que por forma diversa actuam nos processos da sua vida administrativa: assim se verificarão a sua necessária coordenação e o seu desenvolvimento; assim se descobrirão as causas dos seus defeitos, se os tiverem, e se determinarão os remédios mais adaptáveis.

Diz BRUGI que no vasto domínio da jurisprudência os factos são a jénese das normas jurídicas; que a indagação positiva em jurisprudência se verifica: 1.º, por meio da indagação istórica, fortalecida pela filolojia e pela comparação do direito dos diversos povos; 2.º, com o subsídio da observação quotidiana, representada especialmente na estatística; e que o método é o *indutivo* (do particular para o jeral), mas que no ensino se pode adoptar o *dedutivo* (do jeral para o particular), no que não á perigo, quando êste é preparado por aquele (1).

Podem os problemas da ciência da administração e do direito administrativo ser submetidos ao método de observação. Neste sentido se teem orientado alguns escritores modernos, como LÉON DUGUIT (2) e GASTON JÈZE (3).

(1) BRUGI, *Introd. enciclop. alle scienze giuridiche e sociali*, Firenze (G. Barbèra), 1891, p. 14.

(2) *Études de droit public*, Paris (Albert Fontemoing); I — *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901; II — *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903.

(3) *Les principes généraux du droit administratif*, Paris (Berger-Levrault et C.), 1904.

SECÇÃO II

Divisão sistemática da ciência da administração e do direito administrativo**42. — A diversidade de sistemas; divisões em grupos.**

Não á da ciência da administração e do direito administrativo uma divisão sistemática que possa considerar-se jeralmente recebida ou ao menos aceita por a maioria dos escritores. Do diverso conceito que cada escritor tem formado deriva a variedade das divisões propostas, com tanta disparidade e tam profundas diverjências entre si. A recente e incompleta elaboração da ciência da administração e do direito administrativo, a falta de codificação dêste direito e a circunstância de que talvez nenhuma outra ciência mais directamente se prenda ao jénio e carácter de cada povo e às particularidades das suas instituições sociais dificultam em extremo uma solução jeral do problema e concorrem de certo para a grande diversidade de planos, que se nota, na exposição das respectivas matérias, podendo dizer-se com ORLANDO que cada autor tem o seu sistema de divisão.

A) — Tratando de apossimar os sistemas de divisão orgânica adoptados por diferentes tratadistas, forma MEUCCI os seguintes cinco grupos:

1) — Um sistema estabelece como fundamento da divisão a distinção dos elementos da acção social da administração: — sujeito, objecto e formas.

Seguem êste sistema: MACAREL, o qual divide o tratado de direito administrativo em organização, matérias e processo; PRADIER, que o divide em leis ou matérias administrativas, órgãos da administração e contencioso; DUFOUR, o qual faz a divisão em autoridades com as formas dos seus actos, e matérias; GARELLI DELLA MOREA, que o separa em pessoas e matérias; PERSICO, que faz a distinção em organização e matérias,

subdividindo todavia, com carácter mais científico, as matérias e fins da acção em propriedades, tutelas e administração social.

2) — Outro sistema toma como critério da divisão a esfera de acção do direito administrativo, o campo em que a acção administrativa se exercita, isto é, o território e a população, ligando-lhe também o critério dos fins.

LAFERRIÈRE, principiando por expor em um livro preliminar a organização, que mais considera de direito constitucional que administrativo, entra depois no direito administrativo propriamente dito. Fazendo aplicação dêle ao conjunto do território e da população (objecto da administração jeral), forma assim um livro primeiro, que subdivide em duas partes, nas quais considera as leis e acção do poder administrativo em relação à conservação da sociedade e em relação ao progresso e fim da mesma; em um livro segundo aplica o direito administrativo às divisões territoriais e aos centros parciais de população (objecto da administração local), e finalmente em um livro terceiro aplica as regras jerais do direito administrativo ao contencioso e à competência (objecto da justiça administrativa e dos conflitos). MEUCCI também coloca neste sistema DUCROCQ, o qual estabelece a divisão em autoridades, leis, organização do estado, departamentos, comunas; mas acrescenta que diverje de LAFERRIÈRE em subordinar o critério da territorialidade ao dos elementos (1).

3) — Outro sistema, firmando-se sôbre o conceito da jerarquia ou dos institutos administrativos, classifica a matéria do direito administrativo, segundo as diversas qualidades dos agentes administrativos e o modo da sua acção, em agentes únicos ou activos, agentes colejiaes consultivos e coléjios ou tribunais julgadores.

Seguem êste sistema SERRIGNY, TROLLEY, CHAUVEAU, CABANTOUS.

(1) Notaremos que DUCROCQ, obr. cit., 7.^a ed., pref., combate o sistema de LAFERRIÈRE.

4) — Outro sistema prende-se à divisão romana do direito privado, seguida depois pelos códigos modernos, e, eliminado primeiramente do direito administrativo *stricto sensu* o elemento técnico, não vê nêle senão pessoas, cousas e modos de aquisição, ou pessoas, cousas e acções.

Segue a primeira destas espécies de divisão BATBIE, o qual considera por modos de aquisição os impostos. A segunda é seguida por COLMEIRO, o qual por acções entende a jurisdição administrativa, como outros entendem as obrigações.

5) — Um sistema mixto assenta sôbre a base dos elementos, da territorialidade e dos fins.

Segue-o DE GIOANNIS, o qual, estabelecida a distinção romana, tomada dos elementos, em pessoas, cousas e acções, entende pela primeira parte a jerarquia, ou seja a organização, subdividindo-a em administração central e local; por cousas os próprios interesses ou fins, que subdivide em interesses de conservação e de aperfeiçoamento, e finalmente por acções a jurisdição graciosa e a contenciosa.

B) ORLANDO (1) reduz as diversas divisões sistemáticas a dois grupos: — o dos que subordinam a divisão à organização dos officios administrativos, e assim os diversos agentes, os colégios consultivos e os contenciosos constituiriam outras tantas secções do direito administrativo, subdividindo depois os variados serviços que dependem da administração a propósito das atribuições conferidas áqueles funcionários ou áqueles colégios; e — o dos que se ligam à distinção em pessoas, cousas e acções, divisão das *Institutas* de GAIO e de JUSTINIANO.

C) POSADA, referindo-se aos grupos de MEUCCI, diz que o 1.º e o 4.º não deviam formar senão um, e nêle inclui DE GIOANNIS, que na parte técnica fala de pessoas, matérias ou cousas e acções ou jurisdição, e ORLANDO, que distribui a ciência em

(1) *Principii* cit., p. 43 e 44.

organização, funções e processo, — embora êstes autores apresentem por vezes no desenvolvimento da matéria aspectos novos e atendam aos fins.

Também POSADA é de parecer que no 5.º grupo se podem colocar muitos dos autores citados no 1.º e no 4.º, os quais, comquanto atendam à distinção do sujeito, objecto e processo, combinam êste critério — DE GIOANNIS com o dos fins, — SANTAMARIA com o dos fins e dos meios, — ORLANDO com o da actividade administrativa; mas que quem em rigor está dentro dêste sistema mixto é MEUCCI, e podendo também dizer-se que STEIN atende aos indicados aspectos, com sistemática composição de carácter enciclopédico (1).

43. — Planos sistemáticos de alguns escritores.

Para mais completo esclarecimento indicaremos em resumo os sistemas de divisão seguidos por escritores notáveis, não designados muitos dêles nos grupos de MEUCCI, dando todavia mais algum desenvolvimento aos de ORLANDO e de POSADA, e apresentando os respectivos quadros sinópticos, para melhor compreensão de conjunto dos seus sistemas.

A) *Alemães.* a) GNEIST, abrindo o seu tratado por a exposição das bases históricas do direito administrativo inglês, subordina depois a divisão do assunto aos dois elementos — órgãos e matérias (2).

(1) Vej. POSADA, *Der. adm. cit.*, t. I, p. 198 e 199.

(2) No seu tratado sobre a administração e o direito administrativo inglês [*L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese*, Torino (Unione Tipografico-Editrice), 1896, tr. ital. publicada na *Bibliot. di sc. polit. e ammin.*, 2.ª série, vol. 3.º] GNEIST principia por um primeiro livro em que expõe as bases históricas do direito administrativo inglês, e, entrando directamente na matéria, divide-a em duas grandes partes, que constituem os livros segundo e terceiro, a que respectivamente põe as designações de — normas jerais do direito administrativo e — as diversas matérias do direito administrativo. No livro segundo occupa-se de normas do direito administrativo, dos órgãos do direito administrativo: — rei, conselheiros reais, autoridades centrais e burocracia, órgãos do auto-governo (*selfgovernment*) e *local boards* —, e dos exames ou fiscalizações da administração, que êle distingue em administrativos, jurídicos e parlamentares. No livro terceiro fala da administração dos negócios externos, dos da guerra e marinha militar, da administração financeira, da adminis-

b) STEIN divide o seu tratado sobre a administração em parte geral e parte especial, ocupando-se na primeira da *estatística, polícia e alta vigilância* ou superintendência, objectos comuns às diversas ciências que estudam a acção administrativa do estado, ciências que são — o *direito internacional*, a *ciência do exército*, a *ciência das finanças*, a *ciência da administração da justiça* e a *ciência da administração interna* —, e que êle reúne em um sistema complexo e uno e com as quais forma a parte especial do seu tratado. Nesta parte especial desenvolve principalmente a *ciência da administração interna*, subdividindo-a em duas partes, na primeira das quais trata do organismo da administração e na segunda considera a administração interna em relação à vida pessoal, à vida económica e à vida social (1).

c) LABAND reúne no seu tratado o direito constitucional e o direito administrativo. Quanto à administração, tendo já exposto sobre a organização dos poderes do império alemão o que respeita às autoridades e aos funcionários, trata de determinar o conceito da administração e estuda as formas dos actos administrativos. Desenvolve depois a matéria relativa aos negócios estrangeiros (embaixadas e consulados), vias de comunicação (correios e telégrafos, e caminhos de ferro), e negócios interiores (banco, moeda, pesos e medidas, polícia industrial, patentes de invenção, navegação marítima e fluvial, polícia sanitária e veterinária e seguros de operários). Trata emfim da organização judiciária, da força armada e das finanças do império (2).

d) OTTO MAYER, depois de uma introdução sobre a noção

tração interna, do comércio, da navegação e dos caminhos de ferro, da administração da justiça, da agricultura, da igreja oficial, das universidades e profissões liberais e, emfim, das províncias, das colónias e do império anglo-indiano.

(1) Vej. BRUNIALTI, *La scienza della pubblica amministrazione secondo Stein*, já cit., p. 35 e s.

(2) LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, éd. française, Paris (V. Giard & E. Brière), 1900-1904.

de administração e o direito administrativo, divide o seu tratado em parte jeral e parte especial. Preenche a parte jeral com a história do direito administrativo alemão, princípios jerais do direito administrativo e vias de direito em matéria administrativa. Na parte especial trata da polícia, das finanças, do direito público das cousas, das obrigações especiais e das pessoas morais (1).

B) Italianos. a) PERSICO, depois de algumas ideas preliminares sobre o estado e seus poderes e sobre o campo próprio da administração e o modo como esta se relaciona na vida social e política com outras ordens de factos, de leis e de poderes, procura deduzir do conceito orgânico do estado a divisão da matéria. Á na vida de cada estado uma série de fins a conseguir, subordinados um a um e todos dependentes do fim integral do mesmo estado, aos quais corresponde uma série de órgãos que se movem a partir de um centro comum e que constituem a jerarquia administrativa. A pessoa pública assim constituída, para conseguir os seus fins, necessita de meios, que são a propriedade pública no mais amplo sentido, a que se ligam as finanças. Mas a pessoa pública tem de defender-se, e daqui nasce a tutela pública nas suas três espécies de força armada, polícia e contencioso. E emfim, porque a administração social se exerce na civilização económica, intellectual e moral do estado, isto fundamenta uma quarta parte do tratado (2).

b) MEUCCI divide toda a matéria em duas partes—uma *geral*, outra *especial*. A parte jeral comprehende os princípios e fundamentos e depois os factores complexos da acção administrativa, isto é—sujeitos, objectos ou fins, e formas. Consta de quatro secções:—a 1.^a trata dos princípios e fundamentos; a 2.^a da parte subjectiva do direito, isto é, dos sujeitos ou

(1) OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, éd. française, Paris (V. Giard & E. Brière), 1903-1906.

(2) Vej. PERSICO, obr. cit.

peessoas, ou seja do organismo administrativo; a 3.^a da parte objectiva do direito, isto é, das matérias ou objectos da acção administrativa, que é repartida em dois títulos, no primeiro dos quais se fala da acção administrativa em ordem aos objectos considerados como meios, ou seja da propriedade pública, impostos, crédito e débito público e expropriação por utilidade pública, e no segundo se estuda a acção administrativa em ordem aos objectos considerados como fins, subdividindo êstes em fins de conservação e fins de aperfeiçoamento; a 4.^a secção trata das formas administrativas.

A parte especial, não publicada, deveria abranjer em uma 1.^a secção a administração central, com subdivisões de sujeitos e objectos, e em uma 2.^a secção a administração local, com subdivisões e repartições requeridas pelas suas diversas espécies e matérias (1).

c) ORLANDO nos seus *Principii di diritto amministrativo* (2) diz que — em primeiro lugar é preciso considerar a actividade do estado que respeita ao direito administrativo, donde se conclui que êle precisa necessariamente de uma organização; — em seguida deve estudar-se essa actividade em si mesma e nos variados institutos em que se concretiza, tanto no sentido da actividade política, como no da actividade social; — em terceiro lugar finalmente, podendo acontecer que esta actividade no seu desenvolvimento venha ofender o direito ou interêsse do cidadão, á em tal caso a estudar a defesa jurídica.

E dêste modo se reparte toda a matéria em três grandes partes: — 1.^a, organização da administração; 2.^a, actividade da administração; 3.^a, defesa do direito individual contra a administração.

Posteriormente, na introdução ao *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, segue o mesmo autor outra

(1) Vej. MEUCCI, p. 21 e s.

(2) Cit. ed. de 1891, p. 45.

sistematização, na qual dá maior amplitude ao conteúdo da administração e do direito administrativo.

Parte ainda ORLANDO da idea fundamental assumida na definição do direito administrativo, isto é, da idea da actividade do estado para o conseguimento dos seus fins. Ora, antes de mais nada, o fim do estado pode conceber-se nas relações com o interior e nas relações com o exterior.

Quanto à administração interna, no seu mais amplo sentido, rigorosamente entra nela a matéria relativa à jurisdição; mas, como duas ciências autónomas se teem constituído:—o direito judiciário civil e o direito judiciário penal—, ciências que assim se acham retiradas do direito administrativo, restam algumas matérias que formam a zona dos confins entre o direito administrativo e as ciências do direito judiciário. Aqui entram pois, como pertencendo ao direito administrativo, a *organização judicial* e a *organização carcerária*.

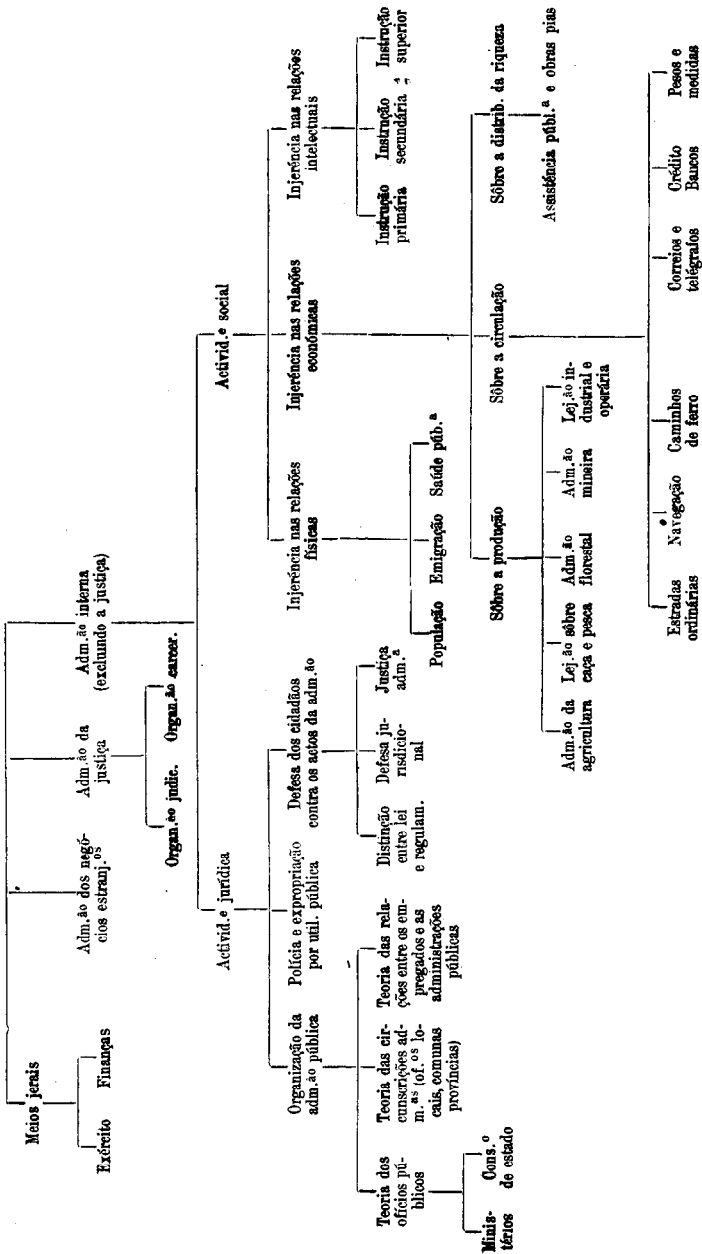
A administração interna em sentido restrito, isto é, excluída a justiça, divide-se nas duas grandes categorias da actividade jurídica e da actividade social.

Quanto à actividade jurídica, temos a *organização da administração*, pois que o estado precisa de órgãos para o exercício de qualquer das suas funções; essa organização jera a *teoria dos officios públicos*, a das *circumscrições administrativas* e a das *relações jurídicas entre os empregados e as administrações públicas*.

Uma segunda parte da actividade jurídica trata das formas concretas que ela assume relativamente ao fim, que incumbe ao estado, de assegurar o direito entre os consociados e de armonizar os diversos direitos individuais entre si e com o interesse público. Isto dá logar à *policia* e à *expropriação por utilidade publica*.

Uma terceira parte da actividade jurídica é constituída pela *defesa dos cidadãos contra os actos da administração pública*, e ela se subdivide em três ramos, como no quadro sinóptico se indica.

Idea central: a actividade do estado



Passando à *actividade social* do estado, prende-se ela às necessidades sociais, e estas coincidem com as do individuo, sendo bem conhecida a distinção destas em *físicas, económicas e intellectuais*, três grandes divisões em que se effectua aquella actividade social.

Depois ORLANDO justifica o desenvolvimento do plano, referindo-se sucessivamente às subdivisões de cada uma daquelas três grandes divisões, conforme constam do mesmo plano, antes indicado (1).

d) SANTI ROMANO, considerando que a ciência do direito administrativo tem um intuito não descritivo, mas construtivo de teorias jurídicas, conclui pela necessidade de agrupar as instituições rejidas por princípios comuns, pouco importando em que campo de actividade êstes princípios se applicam. E assim divide toda a matéria nas seguintes nove teorias: — 1.^a, *teoria geral das relações de direito administrativo*; — 2.^a, *teoria da organização administrativa*; — 3.^a, *teoria da protecção jurídica em relação às administrações públicas*; — 4.^a, *teoria das limitações administrativas à actividade particular*; — 5.^a, *teoria das prestações às entidades administrativas*; — 6.^a, *teoria das prestações das entidades administrativas*; — 7.^a, *teoria da propriedade pública*; — 8.^a, *teoria do regime administrativo da propriedade particular*; — 9.^a, *teoria administrativa das relações de direito privado das entidades públicas* (2).

(1) Cit. *Primo tratt.* p. 93, e 100 a 107.

(2) Na 1.^a das referidas teorias estuda os sujeitos do direito administrativo, as categorias de direitos que lhes respeitam, o nascimento, as modificações e extinção dêstes direitos, os actos administrativos, e a responsabilidade, quanto às relações de direito administrativo, quer das entidades administrativas, quer em relação a elas; na 2.^a fala dos funcionários públicos, da administração directa do estado, da administração autárquica, e do exercício privado de funções e serviços públicos; na 3.^a trata das garantias jurisdicionais concedidas aos cidadãos contra a administração pública e os seus funcionários; na 4.^a abranje a polícia nas suas diversas manifestações, e as actividades reservadas às entidades públicas, ou monopólios e outras limitações; na 5.^a refere-se às prestações que o estado recebe do cidadão, espontaneamente ou coercitivamente, prestações positivas a seu favor, tanto pessoais como patrimoniais, por exemplo, o serviço militar e os impostos; na 6.^a estuda as prestações das entidades administrativas em serviços públicos, como a assistência e beneficência pública, a instrução pública, os serviços postais e

As três primeiras teorias poderiam chamar-se jerais; segue-se-lhes o tratado particular da actividade administrativa, o qual se desdobra sob os aspectos das relações entre as entidades públicas e as outras pessoas (teorias 4.^a, 5.^a e 6.^a) e das relações referentes às cousas em que as entidades administrativas figuram como pessoas de direito público (teorias 7.^a e 8.^a), ou em que operam como pessoas de direito privado (teoria 9.^a), mas aqui só no que respeita ao fundamento jurídico dos privilégios que as acompanham e às formas dos actos da vida civil das mesmas entidades (1).

É uma divisão que, no dizer de BRUNIALTI (2), se aproxima da proposta por ORLANDO no *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*.

e) BRUNIALTI no seu tratado de direito administrativo, principiado a publicar, traça a sua divisão em três partes, obedecendo todavia à separação em parte jeral e parte especial.

A parte 1.^a é constituída por uma introdução, que se occupa de princípios fundamentais sobre o estado, direitos individuais e direitos das pessoas morais; do desenvolvimento, conceito e relações do direito administrativo; das fontes e codificação do direito administrativo; do desenvolvimento histórico do direito administrativo italiano, e da divisão sistemática do direito administrativo.

A parte 2.^a trata dos princípios jerais, subdividindo a em três secções, relacionadas, embora de longe, conforme diz, com

telegráficos, os serviços de viação, as instituições de crédito, de previdência, etc.; na 7.^a, depois de ter tratado genericamente da propriedade pública, fala das suas diversas espécies, isto é, das estradas, do domínio marítimo, das águas públicas, do domínio militar e dos outros bens dominiais; na 8.^a occupa-se dos limites de direito público à propriedade particular, das servidões de direito público, prediais e pessoais, de outros direitos reais públicos, da expropriação por utilidade pública e instituições afins, e dos direitos privados de colectividades; na 9.^a trata dos diferentes modos de sujeição das entidades públicas ao direito privado, dos bens particulares das entidades públicas, das suas obrigações de direito privado derivadas de contrato e sua responsabilidade civil.

(1) SANTI ROMANO, obr. cit., p. 26 e s.

(2) Obr. cit., t. I, p. 174.

a clássica divisão em *pessoas, cousas e acções*. A secção 1.^a abranje as relações do direito administrativo e a determinação do seu conteúdo; a secção 2.^a estuda a organização da administração pública; a secção 3.^a ocupa-se da protecção das relações administrativas (1).

A parte 3.^a forma a parte especial, e comprehende as seguintes secções: 1.^a, serviços essenciais do estado e respectivas obrigações e prestações dos cidadãos; 2.^a, serviços públicos do estado; 3.^a, propriedade pública; 4.^a, a propriedade particular, as relações privadas e o direito administrativo (2).

f) PRESUTTI escreveu acêrca da ordem sistemática dos tratados de direito administrativo um artigo no *Archivio di diritto publico* (3), em que manifesta o seu modo de ver a tal respeito. Entende PRESUTTI que um tratado de direito administrativo deve ser dividido em duas partes: jeral e especial. A parte jeral deve conter as normas jurídicas de ordem jeral, pelas quais se reje a actividade administrativa, quanto a determina-

(1) Na secção 1.^a envolve: 1.^o, os sujeitos e formas de tais relações; 2.^o, a administração: seus actos em relação à legislação e à jurisdição; 3.^o, os actos administrativos. Na secção 2.^a comprehende: 1.^o, princípios jerais da jerarquia administrativa; 2.^o, os funcionários públicos; 3.^o, os officios executivos da administração central; 4.^o, os officios consultivos e de verificação; 5.^o, os officios locais; 6.^o, as entidades locais; 7.^o, as entidades institucionais; 8.^o, o exercício privado de funções e serviços públicos. Na secção 3.^a inclui: 1.^o, sanções penais da jurisdição ordinária, policia de segurança pública e policia administrativa; 2.^o, segurança externa nas relações de direito internacional; 3.^o, responsabilidade das entidades administrativas, responsabilidade dos funcionários públicos em relação aos cidadãos, garantia administrativa; 4.^o, reintegração do direito lesado: denúncias, recursos extraordinários, recursos jerárquicos, justiça administrativa.

(2) Na secção 1.^a comprehende: 1.^o, a policia e a limitação das liberdades públicas; 2.^o, a defesa e o serviço militar; 3.^o, os impostos. Na secção 2.^a expõe: 1.^o, princípios jerais; 2.^o, assistência e beneficência pública; 3.^o, instrução pública; 4.^o, serviços de comunicação e transporte; 5.^o, caminhos de ferro; 6.^o, outras manifestações ou injerências na actividade social e económica. Na secção 3.^a occupa-se, acêrca da propriedade, de: 1.^o, noção e sujeitos; 2.^o, origem e conteúdo; 3.^o, modificações e extinção; 4.^o, estradas; 5.^o, domínio marítimo; 6.^o, domínio público fluvial e regime das águas; 7.^o, domínio militar e diversos outros. Na secção 4.^a trata de: 1.^o, limites de direito público à propriedade particular; 2.^o, servidões de direito público; 3.^o, expropriação por utilidade pública e institutos afins; 4.^o, direitos privados colectivos de carácter público; 5.^o, obrigações de direito privado das entidades públicas (BRUNIALTI, obr. cit., t. I, p. 178 e s).

(3) Vol. I, p. 309-323.

dos caracteres jurídicos, qualquer que seja o objecto da relação jurídica e qualquer que seja o fim de interesse público que se queira conseguir. Na parte especial devem expor-se as normas particulares, que regulam a actividade administrativa, somente emquanto aos determinados fins de interesse público a que essa actividade se dirige.

Encetando depois a publicação das suas *Istituzioni di diritto amministrativo italiano* (1), mantém a referida divisão em parte geral e parte especial, embora na parte geral, única publicada, não acompanhe precisamente os termos da divisão indicada no artigo acima referido (2).

g) BARBIERI (3), depois de uma introdução, em que fala do estado e em que procura definir a administração e distingui-la do direito administrativo, divide a ciência da administração em três partes, nas quais respectivamente trata da ciência da administração económica, da ciência da administração interna e da ciência da administração da instrução pública (4).

(1) Napoli (Cav. Aurelio Tocco) 1904-1905.

(2) A parte geral compõe-se dos seguintes capítulos: — I, introdução; II, os órgãos do estado; III, os direitos subjectivos que derivam do direito público objectivo; IV, os serviços públicos administrativos e a actividade jurídica necessária para o seu desempenho; V, a responsabilidade dos órgãos do estado; VI, a justiça administrativa; VII, as administrações directas do estado; VIII, limites e fiscalizações de ordem patrimonial sobre as administrações directas do estado; IX, as administrações comunais e provinciais; X, as administrações menores antárquicas; XI, os serviços públicos que se confiam a concessionários.

Aos dois volumes, em que se contem os indicados onze capítulos, deveriam seguir-se outros, em que seriam descritos os variados serviços administrativos a que atendem as administrações publicas na Italia; mas PRESUTTI dissuadiu-se disso por causa da grande mobilidade e vastidão da matéria, e porque às necessidades da prática melhor correspondem monografias sobre cada serviço, do que um tratado que todos abranja; se quizesse limitar-se a uma descrição sumária dos diversos serviços administrativos, nada mais faria do que reproduzir a parte especial dos seus *Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione* (Milano Soc. Ed. Libr.).

(3) *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Bologna (Nicola Zanichelli), 1888.

(4) A 1.^a parte compreende cinco capítulos, que se occupam — da propriedade imobiliária e mobiliária, da produção e troca, dos ramos de indústria, das instituições de previdência e da protecção das classes operárias; a 2.^a parte compõe-se de quatro capítulos, que tratam — da população, da sanidade pública, da beneficência pública e da emigração e colonização; a 3.^a parte tem quatro capítulos sobre — os diversos graus de instrução, a instrução artística, os institutos de cultura geral e a propriedade e literária e artística.

h) WAUTRAIN CAVAGNARI, semelhantemente a BARBIERI, também, depois de uma introdução, em que fala da ciência da administração, da acção social do estado e dos meios de que este se serve para conhecer as condições da sociedade, estabelece três partes, respectivamente referentes à administração económica, interna e da cultura pública (1).

i) PRESUTTI, tratando da ciência da administração (2), divide o seu trabalho em duas partes,—geral e especial—, precedendo-as de uma introdução, em que determina o objecto da ciência da administração e o seu principio e método. A parte geral contém a abstracta classificação dos casos em que a administração pública possa ser chamada a operar, e a identificação dos caracteres que em cada uma destas categorias de casos a acção a desenvolver apresente, naquilo em que a particularidade de tais caracteres influa para resolver o problema administrativo. Esta indagação conduz à fixação das normas precisas e invariáveis para a resolução do problema administrativo em todos os casos possíveis, qualquer que seja o conteúdo do fim a conseguir e da acção que as ciências técnicas mostrem necessária para a consecução de tal fim. A parte especial, mais móvel, mais variável, sempre aberta e pronta para experimentar os aumentos, diminuições ou variações necessárias à incessante evolução das condições sociais e do progresso das ciências técnicas, encerra o estudo das aplicações das normas identificadas da ciência da administração aos múltiplos fins, que o estado se propõe nos diversos tempos, naquilo em que para o conseguimento desses fins se torna necessária a intervenção da administração pública (3).

(1) Vej. CAVAGNARI, obr. cit. Na 1.ª parte examina a acção do estado — na produção da riqueza, na circulação da riqueza e na distribuição e no consumo; na 2.ª parte fala — da acção do estado sobre o desenvolvimento numérico da população, da sanidade pública e da beneficência pública; na 3.ª parte trata — da acção do estado na educação do povo, e da instrução superior, média e primária e da cultura pública na Itália.

(2) *Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione*, Milano (Società Editrice Libreria), 1903.

(3) A parte geral consta de seis capítulos, que se inscrevem: 1.º, os casos de intervenção

C) *Franceses*. a) DUCROCQ (1) principia por uma introdução, consagrada às relações entre o direito constitucional e o direito administrativo e ao direito constitucional em si mesmo, e divide o mais da sua obra em três partes ou títulos. O 1.º título trata das autoridades, dos conselhos e dos tribunais administrativos, considerados em relação à sua organização, às suas atribuições e às suas formas de proceder. O 2.º título é destinado às leis que desenvolvem no campo da administração os princípios do direito público francês (2). O 3.º título ocupa-se das pessoas morais do direito administrativo (3).

b) HΛURIΟΥ (4), antepondo, em uma primeira parte, matéria de direito público jeral sôbre o estado e sôbre as existências sociais no rejime do estado, tratando neste segundo ponto do

da administração pública e as dificuldades técnicas dos serviços administrativos; 2.º, os meios para prover aos serviços administrativos; 3.º, a repartição de fundos pelos serviços administrativos; 4.º, os modos excepcionais de organizar a jerência dos serviços administrativos; 5.º, o modo ordinário de jerência dos serviços administrativos: a jerência directa; 6.º, a fiscalização.

A parte especial compreende onze capítulos com os seguintes assuntos: 1.º, as indagações referentes à população, ao território e ao passado do estado; 2.º, tutela dos direitos e dos interesses do estado perante os outros estados; 3.º, acção administrativa determinada pela acção legislativa e jurisdicional dirigida à manutenção da ordem jurídica; 4.º, a administração da segurança pública; 5.º, o cuidado pela incolumidade pública; 6.º, a administração sanitária; 7.º, desenvolvimento da vida intelectual do povo; 8.º, a administração e a vida económica do povo: as competências mais jerais; 9.º, a administração e a vida económica do povo: os meios de comunicação; 10.º, a administração e a vida económica: os auxílios à produção; 11.º, protecção aos desvalidos e luta contra o pauperismo.

(1) Obr. cit., 7.ª ed., Introd., p. xxviii e s.

(2) O título 2.º ocupa-se do princípio da independência da autoridade administrativa e da sua separação da autoridade judiciária, assim como das duas instituições que o completam: — os conflitos e a antiga garantia administrativa dos agentes do governo; também este título trata dos princípios que servem de base às leis militares e dos que presidem à organização dos cultos nas suas relações com o estado, à liberdade de cultos, ao direito de alta policia do estado sôbre o seu exercício público e do recurso por abuso; e ainda êle inclui o princípio da inviolabilidade da propriedade com as restrições pedidas pelo interesse social.

(3) No título 3.º considera-se o estado como proprietário, devedor e credor em relação aos actos da sua personalidade civil (que se não separa do seu carácter de potência pública). Na teoria jeral da personalidade moral distinguem-se diversas classes de pessoas civis: — o estado, e ao lado da sua personalidade civil a dos soberanos estrangeiros; os estabelecimentos públicos, compreendendo os departamentos e as comunas; os estabelecimentos de utilidade pública, como são as sociedades de socorros mútuos, os sindicatos profissionais, as associações sindicais livres, etc.

(4) *Precis de droit adm. et de droit public général*, 5.ª ed. cit.

direito público individual, corporativo e eclesiástico, passa na segunda parte a ocupar-se propriamente do direito administrativo. Depois de um capítulo preliminar, em que define a função administrativa e o direito administrativo, divide esta segunda parte em quatro livros, que respectivamente se inscrevem: a administração pública e os actos de administração; a organização administrativa; os direitos das pessoas administrativas, e o contencioso administrativo.

c) BERTHÉLEMY (1) divide em três livros o seu tratado. O livro 1.º ocupa-se da organização administrativa, expondo primeiramente os princípios jerais dessa organização e tratando em seguida dos órgãos administrativos dos interesses jerais, dos interesses regionais e dos interesses locais. O livro 2.º estuda a acção administrativa em relação aos serviços essenciais do estado: policia, defesa nacional, domínio público e domínio privado do estado, trabalhos públicos; e em relação aos serviços facultativos do estado, e à legislação financeira. O livro 3.º trata do contencioso administrativo, apresentando, depois dos respectivos princípios dominantes, a organização, as atribuições e o processo desse contencioso.

D) *Espanhois.* a) SANTAMARIA DE PAREDES (2), referindo o direito administrativo ao conceito do poder executivo, partindo deste conceito e vendo que em relação a todo o poder se podem suscitar os quesitos de — quem é que obra, o que faz e qual a forma jurídica que emprega no cumprimento do seu próprio direito —, divide o seu trabalho em três partes, que respectivamente se ocupam da organização, das funções administrativas e do processo administrativo, antecedendo-as de uma pequena introdução, em que estuda o conceito e relações, fontes, método e plano do direito administrativo (3).

(1) Obr. cit., p. 9 e 10.

(2) *Curso de der. adm.* cit., p. 46 e plano jeral da obra.

(3) A parte segunda subdivide-a em funções referentes aos fins do estado (relativas à vida jurídica, à vida física, à vida intellectual, à vida moral e à vida económica), aos meios do estado (meios pessoais e meios materiais) e à relação entre fins e meios.

b) MELLADO (1), depois de um capítulo (preliminar), em que fica o conceito jeral da ciência administrativa, divide o seu tratado em quatro partes, estudando nelas respectivamente: — os princípios fundamentais do direito administrativo, a organização da administração, as atribuições ou faculdades da administração, e os meios da administração (2).

c) POSADA diz que é preciso não *opor* como bases de divisão do direito administrativo os elementos que o integram, mas sim os aspectos segundo os quais êle se apresenta totalmente; e que assim procederam os autores que teem procurado sistematizar como ciência o direito administrativo.

Mostra POSADA que em primeiro lugar á a determinar as condições da administração *em jeral*, em si e nas suas relações interiores com os componentes políticos e sociais do estado; condições tanto de *fundo* (técnico-jurídicas), como de *forma* (técnico-orgánicas). Assim, numa 1.^a parte occupa-se da *função administrativa, suas relações e sua organização*, parte que naturalmente se divide em três secções correspondentes aos três membros dêste enunciado. Depois em uma 2.^a parte es-

(1) Obr. cit., p. 7 a 29.

(2) Na 1.^a parte analisam-se os conceitos de administração, direito administrativo e autoridade administrativa. Na 2.^a parte estuda-se a organização administrativa na sua tríplice função activa, consultiva e contenciosa, dividindo assim essa parte em três secções, e cada uma daquelas espécies administrativas é ainda considerada sob o aspecto central, provincial e municipal; dá-se o desenvolvimento total á matéria do contencioso administrativo, procurando-se justificar êste procedimento. Na 3.^a parte trata-se em duas secções respectivamente de atribuições para a conservação da nação e de atribuições para o seu aperfeiçoamento; e assim na 1.^a secção estudam-se — população, organização dos direitos políticos, subsistências, salubridade, beneficência, propriedade territorial nas suas relações com a administração, policia de segurança, culto religioso; na 2.^a secção atende-se a — vias de comunicação, obras públicas, águas, montes, minas, indústrias agrícola, fabril e comercial, educação e instrução, liberdade de imprensa, propriedade literária, espectáculos públicos. Na 4.^a parte fala-se dos meios peculiares da administração, dividindo essa parte em duas secções relativas a meios pessoais e meios reais, vindo na 1.^a secção os cargos públicos, o serviço militar e o serviço naval, e na 2.^a secção os bens públicos, os bens da nação, os bens do estado, da provincia, do município e de corporações, as contribuições, os monopólios do estado, a dívida pública, os contratos de obras e serviços públicos, a fazenda pública nas suas relações com a administração, a contabilidade legislativa, administrativa e judicial, o tribunal de contas. Em um capítulo último forma MELLADO a síntese de toda a matéria.

tuda o conteúdo da função administrativa, ou o *sistema social e jurídico dos serviços administrativos*, que classifica em quatro secções: — 1.ª, administração interior (estatística, ordem jurídica, ordem social); — 2.ª, administração da fazenda; — 3.ª, administração da força armada; — 4.ª, administração internacional. Finalmente, em uma 3.ª parte trata do *processo* administrativo, tendo principalmente em vista o modo de obrar e de funcionar da administração, mas ocupando-se também do contencioso administrativo.

Damos na página em frente o esquema apresentado por POSADA, o qual esclarece, quanto aos desenvolvimentos dados pelo autor às duas primeiras partes do seu sistema (1).

E) *Brazileiro*. O dr. VIVEIROS DE CASTRO (2), depois de algumas ideas propedéuticas, trata em separado, no restante da sua obra, da ciência da administração e do direito administrativo. Na ciência da administração segue divisão semelhante à de CAVAGNARI, diverjindo apenas em primeiramente falar da acção do estado em relação às necessidades físicas da sociedade e depois da intervenção do estado no domínio económico, quando a ordem inversa é seguida por CAVAGNARI. Quanto ao direito administrativo, o seu trabalho ocupa-se, em relação ao Brasil, principalmente dos órgãos centrais da república, dos funcionários e empregados públicos, do contencioso administrativo, do tribunal de contas, das organizações administrativas dos estados e da organização municipal do distrito federal, enriquecendo alguns capítulos com o estudo das instituições de outros estados; além do que fica dito, ainda o ilustrado autor apresenta em um capítulo algumas indicações que prendem com os sistemas de administração e em outro se refere à legislação eleitoral, a nacionais e estrangeiros e à naturalização.

(1) POSADA, obr. cit., t. I, p. 201 e s.

(2) Obr. cit.

A função adm. ^a do estado		A actividade administrativa (Os serviços)	
I. A função adm. ^a como poder do estado.	Condições.	Rejime juridico.	1.º A estatística.
	Caracteres.	Centralização.	
	Actividade.	Selfgovernment.	
II. A função adm. ^a do estado.	E a constituição.	Descentralização.	2.º Ordem jurídica.
	E as funções jurid.	Lejilação administrativa.	
		A administração executiva.	
III. Composição da função adm. ^a .	Territ. do estado.	Contendas administrativas.	3.º Ordem social.
	Da administração.	Adm. ^{ão} central.	
	Funcionários.	Adm. ^{ão} local (provincias e municipios).	
	Do estado.	Adm. ^{ão} especial (de corporações).	
I. Adm. ^{ão} interior.		A actividade administrativa (Os serviços)	
2.º Ordem jurídica.		1.º A estatística.	
3.º Ordem social.		2.º Ordem jurídica.	
4.º Ordem social.		3.º Ordem social.	
5.º Ordem social.		4.º Ordem social.	
6.º Ordem social.		5.º Ordem social.	
7.º Ordem social.		6.º Ordem social.	
8.º Ordem social.		7.º Ordem social.	
9.º Ordem social.		8.º Ordem social.	
10.º Ordem social.		9.º Ordem social.	
11.º Ordem social.		10.º Ordem social.	
12.º Ordem social.		11.º Ordem social.	
13.º Ordem social.		12.º Ordem social.	
14.º Ordem social.		13.º Ordem social.	
15.º Ordem social.		14.º Ordem social.	
16.º Ordem social.		15.º Ordem social.	
17.º Ordem social.		16.º Ordem social.	
18.º Ordem social.		17.º Ordem social.	
19.º Ordem social.		18.º Ordem social.	
20.º Ordem social.		19.º Ordem social.	
21.º Ordem social.		20.º Ordem social.	
22.º Ordem social.		21.º Ordem social.	
23.º Ordem social.		22.º Ordem social.	
24.º Ordem social.		23.º Ordem social.	
25.º Ordem social.		24.º Ordem social.	
26.º Ordem social.		25.º Ordem social.	
27.º Ordem social.		26.º Ordem social.	
28.º Ordem social.		27.º Ordem social.	
29.º Ordem social.		28.º Ordem social.	
30.º Ordem social.		29.º Ordem social.	
31.º Ordem social.		30.º Ordem social.	
32.º Ordem social.		31.º Ordem social.	
33.º Ordem social.		32.º Ordem social.	
34.º Ordem social.		33.º Ordem social.	
35.º Ordem social.		34.º Ordem social.	
36.º Ordem social.		35.º Ordem social.	
37.º Ordem social.		36.º Ordem social.	
38.º Ordem social.		37.º Ordem social.	
39.º Ordem social.		38.º Ordem social.	
40.º Ordem social.		39.º Ordem social.	
41.º Ordem social.		40.º Ordem social.	
42.º Ordem social.		41.º Ordem social.	
43.º Ordem social.		42.º Ordem social.	
44.º Ordem social.		43.º Ordem social.	
45.º Ordem social.		44.º Ordem social.	
46.º Ordem social.		45.º Ordem social.	
47.º Ordem social.		46.º Ordem social.	
48.º Ordem social.		47.º Ordem social.	
49.º Ordem social.		48.º Ordem social.	
50.º Ordem social.		49.º Ordem social.	
51.º Ordem social.		50.º Ordem social.	
52.º Ordem social.		51.º Ordem social.	
53.º Ordem social.		52.º Ordem social.	
54.º Ordem social.		53.º Ordem social.	
55.º Ordem social.		54.º Ordem social.	
56.º Ordem social.		55.º Ordem social.	
57.º Ordem social.		56.º Ordem social.	
58.º Ordem social.		57.º Ordem social.	
59.º Ordem social.		58.º Ordem social.	
60.º Ordem social.		59.º Ordem social.	
61.º Ordem social.		60.º Ordem social.	
62.º Ordem social.		61.º Ordem social.	
63.º Ordem social.		62.º Ordem social.	
64.º Ordem social.		63.º Ordem social.	
65.º Ordem social.		64.º Ordem social.	
66.º Ordem social.		65.º Ordem social.	
67.º Ordem social.		66.º Ordem social.	
68.º Ordem social.		67.º Ordem social.	
69.º Ordem social.		68.º Ordem social.	
70.º Ordem social.		69.º Ordem social.	
71.º Ordem social.		70.º Ordem social.	
72.º Ordem social.		71.º Ordem social.	
73.º Ordem social.		72.º Ordem social.	
74.º Ordem social.		73.º Ordem social.	
75.º Ordem social.		74.º Ordem social.	
76.º Ordem social.		75.º Ordem social.	
77.º Ordem social.		76.º Ordem social.	
78.º Ordem social.		77.º Ordem social.	
79.º Ordem social.		78.º Ordem social.	
80.º Ordem social.		79.º Ordem social.	
81.º Ordem social.		80.º Ordem social.	
82.º Ordem social.		81.º Ordem social.	
83.º Ordem social.		82.º Ordem social.	
84.º Ordem social.		83.º Ordem social.	
85.º Ordem social.		84.º Ordem social.	
86.º Ordem social.		85.º Ordem social.	
87.º Ordem social.		86.º Ordem social.	
88.º Ordem social.		87.º Ordem social.	
89.º Ordem social.		88.º Ordem social.	
90.º Ordem social.		89.º Ordem social.	
91.º Ordem social.		90.º Ordem social.	
92.º Ordem social.		91.º Ordem social.	
93.º Ordem social.		92.º Ordem social.	
94.º Ordem social.		93.º Ordem social.	
95.º Ordem social.		94.º Ordem social.	
96.º Ordem social.		95.º Ordem social.	
97.º Ordem social.		96.º Ordem social.	
98.º Ordem social.		97.º Ordem social.	
99.º Ordem social.		98.º Ordem social.	
100.º Ordem social.		99.º Ordem social.	

E) Portugueses. De escritores portugueses muito pouco á que dizer, quanto a sistemas de divisão do direito administrativo.

O dr. BASILIO ALBERTO (1), depois de expor alguns princípios jerais e algumas noções históricas, entra no estudo da organização administrativa local, e das atribuições dos corpos administrativos, tendo em vista o código administrativo de 1842. Não vai mais além, nem indica plano de divisão.

O dr. JUSTINO DE FREITAS (2) trata primeiramente da organização dos serviços públicos desde o chefe do estado até a última circunscrição territorial, e reservava para em um segundo volume, que não chegou a publicar, o occupar-se da administração jeral, declarando seguir a maioria dos escritores.

LOBO D'AVILA não procurou estabelecer um plano de divisão sistemática; escreveu capítulos correspondentes a estudos particulares: uns sobre história da nossa administração, alguns contendo princípios jerais, outros occupando-se da administração local, e outros emfim sobre o contencioso administrativo e o conselho de estado (3).

O sr. dr. LARANJO no seu trabalho (4), infelizmente não continuado, indica o plano que adoptou. Divide o assunto nas cinco partes seguintes: 1.^a, princípios jerais de administração; 2.^a, administração central; síntese, interpretação e crítica das instituições que a constituem; 3.^a, administração local; síntese, interpretação e crítica do código administrativo vigente, e comparação com o anterior; 4.^a, matéria administrativa; síntese, interpretação e crítica das leis administrativas por que se tem de regular a acção administrativa; 5.^a, estudo dos estabelecimentos públicos e de utilidade pública dependentes do ministério do reino.

(1) Cit. *Apontamentos de dir. adm.*, 1849.

(2) Vej. *Instituições cit.*, 2.^a ed., 1861, Introd., p. xiv.

(3) Cit. *Estudos de administração*, 1874.

(4) Cit. *Princ. e instit. de dir. adm.*, 1888, § 12.^o

44. — Apreciação geral dos sistemas.

O sistema, que reduz a divisão à qualidade dos agentes e às diversas formas da sua acção, tem um critério muito exclusivo e muito exterior, como diz MEUCCI. Tal distinção, diz ORLANDO, seria análoga à que estudasse as diferentes partes do direito privado a propósito dos juizes que as applicam; daria lugar a uma grandíssima confusão e faria com que os diversos objectos da administração fôsem despedaçados desorgánicamente conforme os diversos officios a que são confiados; fracionaria as leis administrativas.

Os que submetem a divisão à territorialidade collocam-se também em um ponto de vista histórico e parcial. É preciso atender a que a territorialidade é apenas uma condição a que a administração e o direito administrativo se acomodam; ella é, com a população, uma das bases para distinguir *esferas completas* de administração no estado, mas esferas que contem em todas as suas manifestações a administração e o direito administrativo. O critério da territorialidade deverá portanto ser atendido, mas só como critério subalterno (1).

Prendem mais ao fundo da administração e do direito administrativo as divisões que atendem ao sujeito, objecto e forma, ou às pessoas, cousas e acções; mas, entendidas rigorosamente, implicam uma decomposição da relação jurídico-administrativa que não pode servir de base a uma repartição orgânica da nossa ciência, nem se presta a um sistema legislativo. Diz ORLANDO que a divisão romana, applicada ao direito administrativo por BATBIE e DE GIOANNIS, não parece adaptável à índole especial do direito administrativo. É certo que neste direito, como em todo o outro, se encontram pessoas ou sujeitos, cousas ou objectos, actos ou relações pessoais e sua forma tutelar: — *omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res*,

(1) Vej. entretanto MEUCCI, obr. cit., p. 24.

vel ad actiones—; mas, como observa DE GIOANNIS, o elemento *persona*, elemento principal em direito romano e civil, como o *cujus gratia omne jus constitutum est*, torna-se meio e acessório no direito público executivo e, como diz MEUCCI (1) inverte o significado e categoria lógica em tal aplicação; a idea de propriedade e a da sua aquisição, sendo fundamentais no código civil, não podem constituir o carácter e a essência do direito administrativo, como afirma BRUNIALTI (2), nem os serviços públicos e as matérias administrativas se podem propriamente denominar cousas. Para fazer aplicação daquela tríplice divisão, diz DUCROCQ, viu-se forçado BATBIE a separar do direito administrativo não só o direito constitucional, o que é necessário, mas além disso: 1.º, o que êle chama o direito público; 2.º, tudo o que prende com a organização administrativa, e que êle por sua vez chama *a administração*, com que enche parte do tomo II e o tomo III da sua obra e em que estuda os diversos órgãos do edificio administrativo; é só nos tomos V, VI e VII, compreendendo a parte intitulada *direito administrativo*, que êle aplica a divisão em *pessoas, cousas e modos de adquirir*. Ora, todas as leis que presidem à organização da autoridade administrativa fazem parte integrante do direito administrativo, bem como as leis que ficam as suas atribuições e os principios do seu funcionamento, e outrossim as leis administrativas que tornam effectivos os principios do direito público, as quais também BATBIE coloca fóra do direito administrativo. É no próprio direito administrativo, acrescenta DUCROCQ, e não nas analogias, mais especiosas que fundadas, tiradas do direito privado, que convém procurar as bases do plano jeral do direito administrativo; pois que o direito público, de que o administrativo faz parte, tem principios seus, distintos dos do direito privado, e tais principios são refractários aos quadros do direito civil (3).

(1) ORLANDO, cit. *Principii*, p. 44; MEUCCI, obr. cit., p. 42.

(2) Obr. cit., t. I, p. 170.

(3) Vej. DUCROCQ, obr. cit., 7.ª ed., t. I, pref.

Tratar, como fez DUFOR, primeiramente das *autoridades* ou organização administrativa e depois das *matérias administrativas* por ordem alfabética, importa a negação de sistema científico, entregando ao acaso das letras do alfabeto a sucessão dos assuntos.

Em LAFERRIÈRE podem notar-se duas grandes divisões, correspondentes à organização administrativa e ao contencioso administrativo. E dêste modo, entre estas duas divisões fica, sem logar próprio, a maior parte do direito administrativo, que assim tem de ser tratado acessóriamente ao lado das questões de competência e de jurisdição.

Como já se viu ao determinarmos as noções de administração e direito administrativo, STEIN e ORLANDO (na sua segunda fase) exajeram o conteúdo da ciência administrativa; POSADA dá à função administrativa um objectivo muito específico e restrito. Dos mais recentes autores italianos, SANTI ROMANO expõe uma série de teorias, cada uma das quais poderá ser base de um tratado especial, mas nem ao seu plano seria fácil fazer corresponder uma sistematização legislativa, nem o todo da sua obra se apresenta subordinado a uma unidade superior, que entre si ligue em lógica dedução essas mesmas teorias, e êste sistema construtivo de teorias jurídicas tem ainda o inconveniente de se não adaptar bem ao estudo prático de cada instituto administrativo, por se achar despedaçada ou distribuída por essas diferentes teorias a matéria que ao mesmo instituto respeita; BRUNIALTI procurou da fusão das divisões de ORLANDO e de S. ROMANO deduzir o seu sistema de divisão, mas não nos parece que consiga uma sistematização superior, sobretudo na subdivisão interna da parte especial do seu tratado, se observar o plano que traçou.

45. — Divisão sistemática que propomos.

Referidos os principais sistemas que tem sido apresentados acêrca da divisão interna da ciência de que nos ocupamos, problema grave e complexo, e feita a sua apreciação jeral,

vamos também indagar uma solução, ou antes procurar justificar o plano sistemático que nos propomos seguir, tendo em consideração aliar, quanto possível, as indicações da ciência com a índole do ensino a que êste trabalho se destina.

De bastantes dos escritores de que falámos muito á que aproveitar, atendendo à superioridade de vistas com que encaram muitos dos mais árduos problemas da ciência administrativa e a que a sistematização que alguns fazem da matéria revela uma idea de conjunto, que prende e domina as suas diversas partes.

Todavia não adoptamos estritamente qualquer dos sistemas expostos; uma outra sistematização apresentamos, procurando justificá-la com o que vamos dizer.

Da própria índole da administração e do direito administrativo deriva a necessidade da sua divisão sistemática. A variedade e a multiplicidade dos objectos sôbre que versa a acção administrativa levam ao convencimento de que, sem se achar uma ordem lójica, uma classificação natural, com a qual se coloque ante a vista toda a vasta matéria da administração, não poderá aver esperança de se dar solução conveniente aos importantes problemas que os conceitos da ciência da administração e do direito administrativo abranjem.

Assim, sem uma prévia idea comprehensiva de todo o objecto da administração e do direito administrativo, sem o conhecimento das íntimas razões que prendem as diversas partes dêste extenso corpo de doutrina, não poderia attribuir-se-lhe uma divisão correspondente à natureza das cousas.

A divisão interna de uma ciência pressupõe uma noção exacta e quasi uma síntese de toda essa ciência. Á um necso íntimo entre a sua definição e a sua divisão sistemática; uma e outra constituem dois aspectos da mesma idea jeradora da ciência, a qual é na definição concebida sintéticamente e na divisão analiticamente considerada. Convém pois, determinada a definição da ciência, seguir desta para a sua divisão sistemática.

Ora, partindo do conceito do estado, da sua soberania e da sua vida ou actividade para determinar a noção de administração pública, definimos esta — a acção que o estado desenvolve na formação, conservação e aperfeiçoamento do organismo público, na aquisição e distribuição dos meios de vida e de funcionamento dêsse organismo e na directa realização dos fins públicos do mesmo estado. E, porque o direito administrativo é a parte especial do direito que reje a acção administrativa pública do estado, fácil é de ver como a divisão sistemática do direito administrativo deve corresponder aos elementos da mesma administração, — aos seus órgãos, aos meios ou recursos e garantias, às direcções ou fins especiais —, constituindo o aspecto jurídico dêsses elementos, as formas jurídicas do seu vasto conteúdo. Eis porque conjuntamente procedemos na determinação da divisão sistemática da ciência da administração e do direito administrativo.

E porque os órgãos da administração e os seus meios ou recursos são apenas os elementos, embora essenciais, de que a administração se serve para realizar os seus fins, é o critério dos fins de interesse público o critério dominante que nos deverá encaminhar, porque só assim se poderão determinar em seu pleno conteúdo as direcções naturais da acção administrativa. Pode assim um plano de divisão adaptar-se a quaisquer sucessivos progressos da ciência da administração e do direito administrativo, pela crescente intervenção da administração nas instituições associativas e outras manifestações da vida social, pela incorporação emfim de novos fins ou direcções na acção administrativa do estado.

Como qualquer ciência, semelhantemente tem a ciência administrativa a sua propedéutica; e assim, em uma *introdução* apresentámos algumas *prenições*, em que assenta a idea administrativa e de cuja elucidação depende a intelligência das indagações ultteriores, e, caminhando até a *determinação da ciência*, ficámos os conceitos de administração e de direito administrativo, fórmulas sintéticas em que se traçam as esferas da

acção administrativa, seguindo-os da exposição sumária dos meios de que a ciência da administração interna se utiliza, do estudo das fontes e da codificação do direito administrativo e concluindo com a indicação do método e com a exposição do plano ou divisão sistemática, que vamos delineando.

Aberto assim o nosso campo, e entrando no estudo interior da ciência da administração e do direito administrativo: — como no estado, suprema entidade da administração, á outras entidades menores de natureza administrativa, constituídas umas por agregados de população e território, sendo outras institutos públicos dotados de personalidade ou institutos de utilidade pública, entre as quais e os cidadãos, como sujeitos activos e passivos, se dão as relações da vida administrativa; como essas entidades correspondem a administrações distintas, com officios, que são desempenhados por meio de funcionários, dando-se assim origem a relações de ordem administrativa e jurídica entre êstes e as entidades sociais que representam ou de quem derivam a função; como a actividade administrativa se traduz em serviços de variada extensão e natureza, serviços que aos funcionários públicos são cometidos, segundo as respectivas competências das entidades administrativas que os mesmos funcionários representam, diversificando a determinação dessas competências, conforme o sistema de administração que anima a vida do estado; como, seja qual for a competência ou esfera de atribuições dos diferentes órgãos da administração pública, toda a acção dêsses órgãos deve ser coordenada e concorrente aos fins do estado, efectuando-se essa coordenação mediante a injeção e tutela administrativa e a superintendência, inspecção ou fiscalização superior, também conforme êsse sistema de administração; como a administração pública no complexso desempenho da sua função social e jurídica desenvolve as determinações da vontade do estado e exerce por os seus funcionários os actos que a realizam; como os actos administrativos dos funcionários públicos podem suscitar responsabilidades, quer para elles, quer para

as administrações que representam, em relação aos cidadãos ou entidades que êsses actos affectam; etc.: — traçado sinteticamente o nosso campo de acção, dizemos, vem naturalmente o exame das teorias fundamentais e comuns a todas as esferas administrativas, que os enunciados problemas e outros de especial importância pressupõem. E assim se constitui uma primeira grande divisão, uma *parte I*, ou parte jeral, em que estudamos as *bases jerais da vida administrativa do estado*.

Em seguida, entrando na matéria especial, deve atender-se a que, tendo o estado uma actividade administrativa, mister é o indagar como, constituindo-se aquella entidade, ela estabelece os elementos fundamentais da sua *organização administrativa*, e como, por meio desta organização fundamental, a administração procede na *formação dos demais órgãos públicos do estado*, como se fornece de *meios* necessários à segurança interna e externa do estado e à vida e acção do organismo público e como, enfim, realiza os seus *fins administrativos*. Tudo isto se resolve lógicamente em três grandes divisões, que constituem a *parte II*, uma contendo o estudo das *funções* ou *serviços administrativos de organização*, outra o das *funções* ou *serviços administrativos de meios* e outra o das *funções* ou *serviços de fins da actividade administrativa do estado*.

Os serviços administrativos de organização são, como dizemos, o objecto da 1.^a divisão da parte II (1). Para a sua subdivisão teremos em vista primeiramente a organização da administração, como assunto principal e dominante, e em seguida os demais organismos públicos em cuja formação a administração intervém. Quanto aos órgãos da administração, atenderemos principalmente à administração interna do estado, considerando-a em relação às esferas da acção administrativa

(1) Jeralmente designava-se por *soggetto* da administração o organismo administrativo. Aquella denominação é todavia menos rigorosa, pois que os órgãos da administração não são os sujeitos dos direitos administrativos, mas sim, aproveitando o pensamento de ORLANDO (*Primo trattato* cit., t. I, p. 99), a *longa manus* das entidades sociais administrativas.

dos diversos órgãos, à natureza dessa acção, à ordem de interesses que a acção administrativa se propõe satisfazer e ainda à jeneralidade ou especialidade de competência administrativa do agente. Assim, em um 1.º livro estudaremos os *órgãos centrais*, que todos são órgãos dos interesses jerais, separando-os sob o aspecto executivo ou activo e sob o aspecto consultivo, e considerando-os ainda no seu carácter jeral administrativo, ou quanto à administração especializada ou técnica que desempenham; em um 2.º livro trataremos dos *órgãos locais*, dividindo-os em órgãos dos interesses jerais e órgãos dos interesses circunscricionais; em um 3.º livro falaremos das entidades especiais, denominadas *institutos públicos* e *institutos de utilidade pública*, revestidas de personalidade jurídica pelas leis. Quanto aos órgãos de administração externa, e bem assim quanto aos organismos internacionais de natureza administrativa, como êstes assuntos entram no conteúdo de uma outra ciência autónoma—a das relações e do direito internacionais—, apenas lhes faremos ligeira referência quando, ao tratar dos órgãos centrais, falarmos do ministério dos negócios dos estrangeiros.

Vejamus todavia em que termos estabelecemos o conteúdo desta 1.ª divisão.

Á no conjunto da organização administrativa do estado organismos privativos de determinados serviços, uns dos quais respeitam às condições de segurança interna e externa do estado, outros às condições económicas e financeiras públicas e outros aos múltiplos fins que a administração tem de realizar. Com alguns dêsses organismos e respectivas funções se formaram conjuntos especiais, que podem ser e teem sido destacados da ciência jeral administrativa, constituindo ramos científicos autónomos: estão neste caso a ciência do exército, a ciência das finanças e a das relações e direito internacionais, assuntos que, embora compreendidos no âmbito da ciência da administração e do direito administrativo, não terão desenvolvimento no nosso estudo.

Á também a notar que na vida do estado às novas necessidades que surjem correspondem na administração novas funções e órgãos especiais, que, quanto a êstes, se por ventura constituem partes no todo da organização administrativa, são todavia organismos particulares e específicos, cujo estudo pode separar-se do organismo jeral, e que, estabelecidos para serviços determinados pelas diversas manifestações da civilização crescente, melhor pode o seu exame ser feito ao lado do estudo dos mesmos serviços. Assim destacaremos para a 2.^a e 3.^a divisões êsses organismos, em certo modo subalternos, para na 1.^a divisão tam sómente nos occuparmos — dos órgãos essenciais, aqueles que não representam uma simples necessidade para o desempenho dos serviços administrativos ou prossecução dos interêsses da vida social, mas que, além disso, fazem parte substancial da própria constituição dos agregados sociais e lhes exteriorizam a personalidade jurídica de que a lei os reveste, — bem assim de alguns outros órgãos, que àqueles se acham directa e estreitamente ligados e que desempenham funções de interêsse jeral, e — enfim, nos seus traços jerais, dos institutos públicos e institutos de utilidade pública, dotados pela lei de personalidade jurídica, como órgãos que desempenham, de um modo característico, uma função complementar ou supletória em relação aos primeiros.

Á ainda nas relações da vida jurídica a possibilidade de lesões de direitos por actos da administração; e para a declaração judiciária do direito ofendido teem-se estabelecido *órgãos* especiais, de uma natureza administrativa *sui generis*, constituindo um organismo privativo, cujo conhecimento é naturalmente pedido depois de percorrida a esfera jeral da actividade administrativa, e convindo obtê-lo ao lado do conhecimento da matéria que lhe tem justificado a existência.

Conhecida a composição do organismo substancial e jeral da administração pública, devemos estudar as *funções* ou *serviços de meios* administrativos do estado. Assim entramos na

matéria da 2.^a divisão (1). Com effeito, a entidade administrativa do estado carece não só de meios concernentes à vida própria e à prossecução dos seus fins, mas também de meios de segurança, tanto interna como externa, condição fundamental da sua existência. A vida do estado, a sua actividade corresponde a um desenvolvimento permanente e constante de forças, e os órgãos do estado são como que os instrumentos que desenvolvem essas forças, — condições para a consecução do fim. O impulso vital que anima as mesmas forças deixaria de existir, se não ouvesse a constante renovação da vida pela efficácia de meios positivos, económicos; e a existência do estado perigaria, se, além daqueles meios renovadores, não dispusesse de meios de garantia ou segurança. Entram pois naturalmente êstes meios no mais largo âmbito da idea da administração do estado, e assim no direito administrativo, no aspecto jurídico dêsses meios.

Quanto aos meios de segurança, esta, exteriormente considerada, é promovida pelas relações internacionais e protegida pela força pública militar; a segurança e ordem pública interior são mantidas pela policia, nas suas diferentes formas, e também pelo exército, quando necessário. Todavia, os serviços de relações internacionais, sobretudo no estado actual de tais relações, não miram simplesmente à segurança exterior, tendo funções a desempenhar, que directamente prendem com os fins administrativos do estado; por isso os colocamos na 3.^a divisão da parte II.

Como sabemos, as leis administrativas, leis de interesse geral, são destinadas a satisfazer as diferentes necessidades sociais. Estas necessidades importam despesas e exigem recursos; êstes recursos derivam do património do estado; o patri-

(1) Ao conteúdo desta 2.^a divisão e ao da 3.^a teem sido dadas as denominações de *objecto da administração*, *matéria administrativa*, *leis administrativas*. A expressão *actividade do estado*, também empregada por ORLANDO (cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 45, e *Primo tratt.*, t. I, p. 104) e por outros, é inexacta por *exagerada*.

mónio do estado compõe-se do domínio público e de domínio de carácter privado, do produto dos impostos e dos recursos extraordinários provindos de empréstimos e de outras operações financeiras. São êstes recursos os meios económicos e financeiros. E o que se dá com o estado, considerado na sua unidade superior, dá-se com qualquer dos agregados menores, seus componentes.

Dos meios económicos destacamos a expropriação por utilidade pública como um meio especial, atenta a sua importância característica, e a êle juntamos outros institutos afins.

Os indicados meios financeiros e os organismos que especialmente lhes respeitam constituem, juntamente com o estudo das despesas do estado, uma ciência particular — a das finanças —, como já dissemos; e o mesmo notámos relativamente ao exército, que também, segundo os escritores, dá origem a uma ciência autónoma. Na classificação jeral porém dos fenómenos administrativos e divisão sistemática da ciência da administração e do direito administrativo não devíamos deixar de mencionar os fenómenos relativos àquelas duas ordens de meios.

Seguem-se os factos que informam a acção positiva e directa da administração e do direito administrativo na prossecução dos fins próprios da função administrativa, — 3.^a divisão da parte II.

Êstes fins, conquanto multiplices e variadíssimos, podem agrupar-se nas três grandes ordens de interêsses jerais: — interêsses de ordem física, segundo a linguagem adoptada, ou demográficos; — interêsses de ordem económica ou material, e — interêsses de ordem intelectual ou espiritual. No primeiro grupo estão, por exemplo, os factos relativos ao movimento da população e ao seu estado civil; no segundo grupo á a distinguir os fenómenos jerais de produção, de circulação e de distribuição e consumo, e assim podem referir-se, quanto aos primeiros, a agricultura, a caça e a pesca, as minas, etc., quanto aos segundos, a viação nas suas espécies, os correios e telégrafos, etc., e quanto aos terceiros, a assistência pública,

as obras pias, etc. ; no terceiro grupo á também que distinguir os fenómenos intellectuais, os morais, e ainda os relijiosos, em algumas das manifestações que êstes fenómenos assumem.

Devemos também notar que a existência do estado afirma-se não só em relação à sua vida interna, mas ainda nas relações com os outros estados. Daqui deriva uma subdivisão da administração em interna e externa ; e conquanto êstes dois aspectos também tenham realidade na consideração dos serviços de organização e ainda nos de meios, é sobretudo em relação aos fins da administração que a divisão mais importa à sistematização da ciência : e assim dividiremos os serviços de fins da administração sob os aspectos da administração interna e da administração externa. Não daremos todavia desenvolvimento à parte relativa à administração externa, por tal matéria se achar incorporada, como já indicámos, no objecto da outra ciência particular, — a das relações e do direito internacionais.

Estaria compreendido nas duas partes indicadas todo o conteúdo da ciência que nos ocupa, se nos actos da administração fôsse sempre conciliado o interêsse público com o particular e sempre respeitados os preceitos legais. Mas, como no desempenho dos serviços públicos os órgãos da administração podem desviar-se da sua direcção lejitima e deixar de cumprir a sua missão social e jurídica, prejudicando o interêsse dos cidadãos ou das entidades que sofrem a acção administrativa, ou desrespeitando a lei, necessário se torna estudar as garantias dos lesados nos seus interêsses ou dos ofendidos nos seus direitos, isto é, — as vias de recurso contra os actos da administração. Assim, em uma parte III trataremos da *protecção* e das *garantias jurídicas contra os actos da administração*, encarando o assunto sob os diversos aspectos que êle pode assumir nas suas relações com as atribuições do poder lejislativo, com as da própria administração e com as do poder judicial.

Avolumará nesta parte III o que respeita ao contencioso administrativo. É verdade que o contencioso administrativo constitui um dos aspectos que reveste a acção judiciária, e,

como tal, pode formar um dos capítulos da ciência judiciária geral; mas também é certo que, se em alguns estados o desempenho da função contencioso-administrativa tem sido em princípio entregue a órgãos do poder judicial, em outros as circunstâncias históricas com a acção preponderante da vida administrativa, uma impossível diferenciação completa das funções dos diversos poderes do estado, ou a força natural das cousas tem feito attribuir à administração o exercício, por órgãos seus, dessa importantíssima função jurisdiccional, embora constituídos esses órgãos de um modo especial com as garantias de uma boa organização judiciária. Todavia, quer os órgãos chamados ao desempenho da função do contencioso administrativo pertençam ao poder judicial, quer existam dentro do organismo geral da administração, o fundo do assunto é sempre dirimir acerca de acto administrativo; e, atendendo a este aspecto de ordem administrativa e à importância que esta instituição deve assumir, como poderosa garantia da legalidade para o cidadão e para as demais entidades da vida social contra os actos da administração pública, tal matéria pode ter e convém que tenha cabimento em um tratado de direito administrativo.

Assim temos sucintamente exposto o nosso plano sistemático da ciência da administração e do direito administrativo, do qual damos um resumido esquema apenas com os elementos principais, que no percurso do nosso trabalho irão tendo as ampliações necessárias e os seus naturais desenvolvimentos, sendo fácil ver como, fazendo a síntese do mesmo plano, dêe regressaríamos aos termos fundamentais dos conceitos, que daquela ciência e do direito administrativo formulámos.

PARTE I

(Parte geral)

BASES JERAIS DA VIDA ADMINISTRATIVA DO ESTADO

TÍTULO I

Teoria das relações administrativas

CAPÍTULO I

Sujeitos das relações administrativas

SECÇÃO I

Pessoas na administração

46. — Pessoas administrativas.

A aplicação do princípio da personalidade no campo do direito público às colectividades da administração, apesar das impugnações que ainda últimamente tem sofrido, pode dizer-se que domina nos tratados de direito administrativo. E de proficuo resultado tem sido essa aplicação; pois que a êsse princípio se deve principalmente atribuir o aspecto jurídico que dia a dia mais vão adquirindo os assuntos administrativos, distinguindo o poder público do agente que o exerce, sujeitando êsse poder cada vez mais ao direito e tornando suscep-

tíveis de direitos e obrigações, pela qualificação de pessoas, tanto o estado como as demais entidades colectivas da administração. Assim a regra de direito, orijsinada na solidariedade social, tanto se impõe a governantes como a governados: devem aqueles proceder nos seus actos de harmonia com as regras do direito objectivo; devem êstes obedecer às determinações da administração que sejam conformes a essas regras. No princípio da personalidade colectiva se vai inspirando a legislação administrativa, como no direito privado êle actua considerando como pessoas as colectividades administrativas.

A extensão do princípio da personalidade a determinadas colectividades do direito público mostrou, na teoria jeral da personalidade, a conveniência da classificação das pessoas colectivas em pessoas colectivas de direito público e pessoas colectivas de direito privado. Entram as primeiras no estudo da administração e do direito administrativo como sujeitos determinadores da organização administrativa.

O *estado* é a suprema entidade na administração pública. Revestido de personalidade jurídica pela lei, é êle nos seus dois elementos, — população e território —, a mais elevada personalidade administrativa.

Mas no seio da superior unidade do estado manifesta-se e effectua-se a actividade administrativa de outras grandes entidades sociais, constitutivas de *circunscrições*, também compostas de população e território, e ainda a de outras inferiores entidades, *institutos públicos* e *institutos de utilidade pública*, umas e outras também legalmente dotadas de personalidade jurídica.

Estas entidades entram na esfera do direito público administrativo, porque os interesses respectivos que administram são simultaneamente interesses do estado.

São estas entidades os *sujeitos públicos das relações administrativas* ou pessoas de direito público administrativo. Pode assim dizer-se, sob o aspecto jurídico, que *pessoas administrativas* são as entidades colectivas dotadas de personalidade,

que, na total administração pública do estado, determinam o exercício de qualquer função de ordem administrativa,

Das pessoas administrativas podem formar-se dois grupos:

1) — *Agregados de população e território*, correspondentes ao estado e às demais circunscrições territoriais estabelecidas com um fim político-administrativo;

2) *Entidades que desempenham serviços de interesse colectivo especial*, personificadas em virtude da utilidade pública que prestam.

No primeiro grupo estão o estado e as divisões territoriais fundamentais que o compõem. Em Portugal estas circunscrições menores são — o *distrito*, o *concelho* e a *paróquia* ou freguesia.

No segundo grupo estão os *institutos públicos*, quando dotados de personalidade jurídica, e os *institutos de utilidade pública*, podendo uns e outros revestir a forma de *corporações* ou de *fundações*.

O estado constitui-se de pleno direito como pessoa colectiva. A existência legal de qualquer outra pessoa administrativa depende de lei ou reconhecimento formal (1).

47. — Administradores e administrados.

Na administração e no direito administrativo não entram sómente as pessoas de que temos falado, as quais constituem pessoas de direito público e exercem sobre as pessoas particulares, individuais ou colectivas, a acção administrativa. Assim aquelas e estas representam os termos correlativos de *administradores* e *administrados*. Note-se porém que em relação às superiores esferas de administração podem as esferas infe-

(1) Vej. n.ºs 11 a 13; *Cód. adm.*, art. 1, 416, 248, 250 n.º 21, 252 n.ºs 8 e 9, 253 § ún.; *Cód. civ.*, art. 3, 32 a 39 e 382 § ún.; lei de 14 de fevereiro de 1907 sobre associações; decreto de 19 de agosto de 1907 e regulamento de 8 de outubro de 1908, que revestiram de personalidade jurídica a universidade de Coimbra e outros estabelecimentos de ensino superior, e lei de 23 de agosto de 1902, que organizou as comissões de patronato.

riores entrar em certo modo na classe dos administrados, sofrendo a acção administrativa das esferas superiores.

São assim os administradores e administrados os sujeitos activos e passivos das relações administrativas.

Tendo as leis administrativas um carácter essencialmente territorial, a sua acção exerce-se sobre todas as pessoas individuais ou colectivas que se encontrem dentro do território do estado, quer sejam nacionais, quer sejam estrangeiras.

Não deixam todavia os cidadãos de um estado residentes em país estrangeiro de estar sujeitos ainda à acção de leis de ordem administrativa do estado a que pertencem. Essas leis, provindas do desenvolvimento da vida internacional que o poder de emigração produz, principalmente destinadas a proteger e regular interesses desses cidadãos, ainda aí mantem um carácter territorial especial.

A emfim leis administrativas de acção internacional, as quais, destinadas a regular serviços que interessam mais de um estado, constituem um direito administrativo internacional, capítulo interessante e moderno no estudo das relações administrativas.

Não se pense porém, pelo que fica dito, que as pessoas privadas não teem o gozo de direitos de ordem administrativa, pois que uma cousa é o exercício da acção pública administrativa por um órgão da administração, outra o exercício de um direito individual de ordem administrativa. A pessoa privada pode também ser sujeito de direitos no campo das relações de direito administrativo.

48. — Pessoas morais segundo o código civil português : traços ligeiros.

Das pessoas colectivas de direito privado occupa-se o código civil português nos artigos 32 a 39. E fácil é concluir do que já dissemos e das disposições dos referidos artigos que, se as pessoas colectivas de direito público também figuram no direito

privado, á contudo pessoas colectivas que exclusivamente pertencem a êste segundo ramo do direito.

É todavia conveniente notar que o código civil dá um sentido restrito à expressão *pessoas morais*, como se vê do confronto entre os artigos 32 e 39. Segundo a sua doutrina, é sempre necessário que aja nos fins da instituição um interesse público, embora ligado a um interesse particular, para que a entidade colectiva com personalidade jurídica seja considerada como pessoa moral.

O citado código no artigo 32 leva à distinção das pessoas morais, quanto aos fins que se propõem, em *institutos de utilidade pública e institutos de utilidade pública e particular conjuntamente*, e, quanto à sua duração, em *corporações temporárias e perpétuas*, dizendo no § 2.º do artigo 35 quais devem ser avidas por perpétuas.

Ainda o confronto dos logares referidos com o artigo 1781 § único conduz à distinção em *corporações* ou *fundações de instituição civil e de instituição eclesiástica*. Estas últimas teem por fim serviços espirituais ou sufrágios pelas almas e estão directamente subordinadas às autoridades eclesiásticas, como, por exemplo, os seminários e os cabidos (1).

As divisões segunda e terceira são importantes, relativamente às faculdades de aquisição de bens imobiliários concedidas a estas instituições.

É incompleta, sob mais de um aspecto, a doutrina do código civil. Do artigo 37 parece deduzir-se, como pensamento do legislador, que, além do estado e das autarquias territoriais e da igreja, só teriam personalidade jurídica as fundações ou os estabelecimentos de beneficência, piedade ou instrução pública;

(1) Vej. lei de 4 de abril de 1861, art. 4 e 5; ac. do supr. trib. de just. de 3 de dez. de 1886 (*Rev. de leg. e de jur.*, vol. XXVIII, p. 446); ac. da rel. do Porto de 22 de nov. de 1901 (*Rev. dos trib.*, t. XX, p. 196); dec. de 18 de abr. de 1901; *Estudos jurídicos*, t. I, p. 114.

Segundo o art. 5 da cit. lei de 4 de abril de 1861, são, para os efeitos da mesma lei, compreendidos na denominação de *igrejas e corporações religiosas* os conventos de religiosas existentes, mitras, cabidos, colejiadas, seminários e as suas fábricas.

todavia, em virtude de outras disposições da nossa legislação, são também avidas por pessoas morais, e consideradas como tendo um fim de utilidade pública, as associações e os institutos de recreio, de educação, de protecção aos animais, etc., emfim associações ou corporações também de *fim ideal*, como lhes chama o código civil alemão, que não teem carácter económico ou fins lucrativos (1). E, depois dos artigos 108 e 106 do código comercial, ainda às sociedades comerciais e às sociedades civis que se constituam por qualquer das formas estabelecidas no mesmo código se atribui personalidade jurídica em relação a terceiros. Assim, actualmente á também pessoas colectivas de mero interesse particular (2).

SECÇÃO II

Divisão orgânica do território

49. — Delimitação do território do estado.

Para que o problema das circunscrições administrativas tenha plenos efeitos positivos, necessário se torna determinar o território do estado; esta delimitação é importante teórica e praticamente.

Mostra-se em direito público que o território deve ter, como diz o sr. dr. LARANJO (3), uma certa individualidade física, que lhe sirva de base e defesa. Convém que corresponda a uma individualidade natural, como a uma individualidade natural convém que corresponda a população de um estado.

Só pela exacta fixação dos limites do território do estado se pode saber até onde vai a acção das suas leis territoriais, até onde chega o exercício da sua actividade governativa e administrativa.

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 252 n.º 8.

(2) Vej. dr. ALVES MOREIRA, obr. cit., p. 288.

(3) Obr. cit., p. 53.

Falando do carácter pessoal ou real das leis, diz o sr. dr. LARANJO que as leis em Roma foram pessoais, umas para os cidadãos, outras para os estrangeiros, *jus civium, jus gentium*; que os bárbaros, subjugando o império, deixaram a princípio aos vencidos o direito romano, regulando-se eles por outro; que entre nós, cristãos, judeus e mussulmanos regularam-se muito tempo por leis peculiares a cada um destes grupos de população; que o feudalismo porém, ligando a idea de soberania com a de propriedade, começou a fazer passar as leis de pessoais que eram para territoriais, e oje, á excepção das relações de estado e capacidade, que em quasi todas as nações são reguladas pelas leis da nação de origem, os demais actos jurídicos são, em regra, rejeitados pela lei da nação em cujo território se praticam ou onde teem de produzir os seus efeitos; que o direito civil moderno não é, como o dos romanos, só dos cidadãos, é de todos os que estão no mesmo território (art. 24 e 26 do código civil), e o mesmo se dá com o direito penal e com uma parte do direito público; que por todos estes motivos é pois *absolutamente necessária a rigorosa delimitação do território nacional* (1).

É a administração que procede à ficsação, no terreno, dos limites do território do estado, mas em execução da determinação estabelecida nos tratados internacionais. A acção administrativa ordinária não vai até o ponto de poder desmembrar qualquer parcela daquele território. Em todos os povos cultos se liga a maior importância aos actos de desmembração ou alheação, cessão e troca de território, sendo o assunto regulado nas constituições políticas.

Quanto a Portugal, dispõem a carta constitucional, art. 75 § 8.º e acto adicional de 1852, art. 10. Os tratados de limites estão incluídos nas citadas disposições.

A delimitação do território do estado segue-se lógicamente a determinação da sua interior divisão administrativa.

(1) Obr. cit., p. 54. Vej. GUIMARÃES PEDROSA, cit. *Introd. ao estudo do dir. priv. internacional*, p. 147 e 8.

50. — Necessidade da divisão administrativa.

A necessidade de uma conveniente divisão administrativa deriva de algumas qualidades a que deve satisfazer uma boa administração.

Com efeito, a acção administrativa verifica-se permanentemente e em todo o território do estado: ela tem de ser *constante*, sem intervalos ou intermitências, como pode succeder com a acção do poder legislativo, e até do judicial; ela tem além disso de se manifestar logo que as circunstâncias o exijam, de ser *pronta*, de chegar a tempo de produzir o seu efeito, procedendo, prevenindo ou remediando, porque a demora tira à acção administrativa o mérito da oportunidade; ela deve ainda ser *enérjica*, porque a frouxidão ou a esitação accusam ignorância ou indiferença e deixam avolumar o obstáculo ou resistência. Ora para que estas qualidades se possam dar na administração, para que esta seja constante, pronta e enérjica, necessária se torna a divisão do território do estado em circunscrições, entre si hierarquizadas, conforme as funções a desempenhar são de govêrno, de direcção, ou de execução, e de modo que os agentes executivos o sejam em área que lhes permita a acção administrativa com aquelas qualidades, e livre dos conflitos, que poderiam surgir no concurso simultâneo de agentes da mesma natureza sem limites territoriais à sua jurisdição.

51. — Orijem das circunscrições administrativas.

Não consideramos aqui quaisquer divisões do território pedidas pelas necessidades de execução dos diferentes serviços públicos, mas sómente a divisão, que uns chamam *geral* (1), outros *civil*, e que também poderemos denominar *orgânica* ou *fundamental*.

(1) ORLANDO, cit. *Principii*, n.º 248, p. 143.

Factores elementares dos fenómenos sociais, base física, como se diz, da vida social, o território e a população são assim os elementos integrantes e irreductíveis da idea de estado e da dos outros agregados menores. A população reside ou assenta em um dado território.

Um necso orgânico liga os dois elementos; uma íntima correlação se dá e se manifesta por modos diversos, que os factos evidenciam.

Nos usos, na economia, no desenvolvimento intelectual, industrial e estético ou artístico de um povo poderosa influência exercem as condições internas ou externas do território, a sua estrutura jeolójica, a sua posição jeográfica, o clima, a fertilidade do solo, a fauna, a flora.

Os encantos naturais da Grécia antiga despertaram as maravilhas da arte grega; as extensas minas de ferro e de carvão de pedra fazem da Inglaterra o grande povo industrial; afeitos ao bater das vagas, lançando a vista pelo indefinido dos mares na indagação do desconhecido, surjiram na orla ocidental da Europa os navegadores que assombraram o mundo.

O amor ao solo nativo é uma manifestação suprema dêsse necso misterioso e forte, que constitui um poderoso elemento de coesão social (1).

Uma das mais características relações entre a população e o ambiente exterior, no meio do qual ela se desenvolve, é o fenómeno, digno de estudo, da distribuição da população pelo solo, formando os diversos agrupamentos ou povoações.

Não entra no nosso estudo a indagação das leis naturais que regulam semelhante facto. Apenas nos cumpre registá-lo; pois que êle constitui um dos modos por que o estado consegue os seus fins e desenvolve a sua actividade, ou um dos modos por que o estado se *organiza administrativamente*.

As circunscrições territoriais, isto é, a maneira por que se

(1) MORSELLI, *Elem. di sociologia generale*, p. 39 e s.; ORLANDO, cit. *Principii*, p. 131 e s.

distribui em grupos a população de um estado, serão um facto natural, ou artificial?

As entidades jurídicas constituídas pela agregação territorial da população serão *criadas* pelo legislador, ou sómente por êle *reconhecidas*?

É corrente nos escritores resolver a questão, distinguindo entre a *comuna* e as outras *circunscrições*, considerando aquella como uma instituição natural, que o legislador reconhece, mas não cria, e as outras circunscrições, em que se fundem os interesses colectivos de varias comunas, como instituições criadas pelo legislador.

ORLANDO (1) encara a questão sob dois aspectos: — quanto ao direito em geral, filosófico ou abstracto, e quanto ao direito positivo.

Abstractamente falando, diz o sábio autor, é fácil conceber que a razão da existência das comunas seja natural. Com effeito, as diversas cidades e vilas teem tido uma vida análoga à de um organismo vivo: nasceram, desenvolveram-se, decaíram em virtude de uma fôrça própria de existência, e não por fôrça do disposto na lei administrativa. E por que uma lei natural não deixa de ser verdadeira por passar de uma applicação maior a uma menor, é assim intuitivo que, se é verdadeira a lei para qualquer grande cidade, a existência das aggregações comunais, quaisquer que elas sejam, tem uma razão de ser autónoma, e não depende de uma divisão artificial do legislador.

A iguais observações conduz o estudo das circunscrições territoriais maiores. Não são um facto accidental as relações que se estabelecem entre as diversas associações comunais e que produzem essas circunscrições maiores. Em uma parte relativamente vasta do território de um estado observam-se centros maiores e centros menores de população, servindo

(1) *Cit. Princ'pii*, n.ºs 230 e s., p. 13) e s.

aqueles a fins sociais bem definidos e demasiadamente necessários, para que possam dizer-se acidentais. O centro maior serve de mercado económico ao menor; os institutos destinados ao desenvolvimento intelectual, as necessidades comerciais, industriais e políticas e outras razões sociais tornam indispensável que os centros menores tenham por cabeça um centro maior, e êstes ainda outro maior, subindo-se assim por graus sucessivamente maiores desde as pequenas povoações agrícolas até os grandes centros de actividade, que são as capitais dos estados. Se portanto estas relações, que se estabelecem entre os diversos centros comunais, e sobre as quais se fundam depois províncias ou departamentos, regiões ou distritos, correspondem a um facto assim natural e necessário, o mesmo argumento teremos para considerar estas circunscrições maiores de modo igual à comuna, à qual se dá uma razão de ser natural.

Além disso, dentro dos limites de um estado as condições jeográficas, e portanto naturais, determinam circunscrições diferentes, que implicam nos habitantes diversidades notáveis, algumas vezes de raça, quasi sempre de usos, de desenvolvimento intelectual, moral e económico, e por vezes de língua. E como negar que tudo isto tenha um fundamento natural?

A conclusão diferente se deve porém chegar, se a questão for considerada sob o aspecto positivo dos estados modernos. A questão do fundamento natural tem então uma importância secundária, embora possa e deva servir de guia ao legislador; e neste sentido se diz ser boa a circunscrição que se ajusta às condições naturais e históricas do território, má a que despreza essas condições.

Se nos circunscrevermos no campo próprio do direito positivo, não poderá admitir-se uma razão de ser autónoma e independente para nenhuma das circunscrições territoriais, ainda mesmo a comuna. Pelo legislador são determinados tanto os limites dos distritos, como os dos concelhos. À autoridade do estado compete o direito tanto de fundir um con-

celho, que tem tido existência própria, em um outro, como de destacar de um concelho uma fracção, para criar um concelho novo. E basta esta observação para mostrar que toda e qualquer circunscrição territorial assenta a sua existência jurídica no reconhecimento por parte da autoridade pública do estado (1).

52. — Carácter, próprio ou delegado, da função administrativa das circunscrições.

Ligada à questão anterior formula ainda ORLANDO uma outra, de grave importância e mais estreitamente relativa à acção efectiva da actividade da comuna, a qual consiste em determinar se os fins, que a comuna prossegue no campo da administração pública, lhe respeitam em virtude de uma capacidade que lhe é própria, ou se, pelo contrário, lhe respeitam em virtude de uma delegação do estado.

Os que sustentam a origem natural e autónoma das comunas tendem logicamente a admitir a existência de uma esfera de actividade própria, que as comunas teem e que o estado lhes não pode tolher.

Á também aqui, diz ORLANDO, necessidade de distinguir o aspecto abstracto e o aspecto positivo.

Abstractamente, as diversas esferas de atribuições, que competem a qualquer órgão administrativo, teem ou presume-se que teem um fundamento lógico e necessário, pelo que aquella determinada competência não pode ser desempenhada senão por aquele determinado órgão.

Diversamente porém a questão tem de ser posta no campo do direito positivo.

No conceito medieval, que quebrava e disseminava a soberania do poder central por várias jurisdições menores e inde-

(1) Vej. *Cod. adm.*, art. 1 e §, 3 e §§, 451; decreto de 26 de junho de 1896, lei de 21 de setembro de 1897 e decreto de 13 de janeiro de 1898, leis de 22 de junho de 1898, de 22 de abril e (duas) de 17 de agosto de 1899.

pendentes, as comunas tinham-se arrogado uma parte da soberania, que depois defendiam contra o imperador ou os monarcas territoriais. Modernamente alguma cousa de análogo se encontra nos estados de tipo federal, nos quais os direitos de soberania não derivam de um único centro, residindo alguns em determinadas partes do território, como nos cantões suíços e nos Estados Unidos da América do Norte. Mas no estado unitário modernô, como a Inglaterra, a França, a Itália, a fonte da soberania é uma só, não podendo portanto nele admitir-se nenhum exercício de poder público, que não derive, a título de delegação, do poder central.

As circunscrições territoriais, tanto as maiores como as menores, são consideradas como *órgãos do estado*, e toda a sua actividade não é mais do que a consequência de uma delegação de poderes que o estado lhes dá.

Exposto o modo de ver de ORLANDO, notaremos que, se a cada órgão do estado deve corresponder uma função adequada, e se as circunscrições territoriais são órgãos do estado, elas terão naturalmente entre as funções do mesmo estado uma função própria, que deve ser determinada. Ao legislador cumpre portanto investigar em a natureza do estado qual é essa função, para a entregar às circunscrições, definindo estas legalmente, segundo a sua natureza, e legalmente investindo-as das atribuições que lhes são características.

Estreitamente ligado êste assunto ao dos sistemas de administração, no estudo dêstes terá êle o seu complemento natural.

53. — Sistemas e graus de divisão.

Reconhecida como indispensável à vida administrativa a divisão do território do estado em circunscrições, a que termos deve ela obedecer, por que critério ou segundo que sistema deve ser feita essa divisão?

Uma forma ideal de circunscrições territoriais seria a da sua gradual formação por meio de um desenvolvimento histórico e natural.

Podem referir-se o sistema de divisão *uniforme*, o sistema de divisão *natural* e o sistema *misto*.

No sistema uniforme a divisão administrativa deve ser igual para todo o país. Segundo este sistema, não pode um estado ser dividido parte, por exemplo, em províncias e parte em distritos; e se á mais de um grau de divisão, os mesmos graus devem estender-se a todo o território. Alguns apolojistas d'êste sistema, a fim de que se obliterem os limites tradicionais, para que no interesse da unidade política se faça esquecer o sentimento de independência local, chegam a reprovar a coincidência de qualquer divisão administrativa com as divisões naturais ou históricas (1). Assim procedeu a assemblea constituinte francesa com a divisão administrativa da França em 15 de janeiro de 1790.

No sistema natural atende-se às condições naturais e às tradições históricas, não devendo a escolha das circunscrições nem a determinação dos seus limites ser filhas do arbítrio, para que se não perturbe o viver dos povos com a junção de populações eterojéneas, nem se destruam os elementos existentes de vitalidade administrativa que derivam daquelas tradições (2).

O sistema misto assenta na combinação dos outros dois; e plausível é que, sempre que a combinação seja possível, se aliem as condições naturais do território e as tradições históricas à uniformidade das divisões.

Mas, tendo-se de proceder à divisão dentro de qualquer dos sistemas, deverá tomar-se por base a soma de *população*, ou a extensão de *superfície*? Também aqui estes dois elementos se devem combinar, visto que os deveres da administração não se aquilatam pela simples extensão do território, ou só pelo número de habitantes. Se a um só dos elementos se atendesse, resultariam ou desigualíssimas extensões de território para uma igualdade de populações, ou desigualíssimas populações para

(1) Vej. COLMEIRO, obr. cit., t. I, n.^{os} 113 e s.

(2) Vej. LOBO D'AVILA, obr. cit., p. 88.

uma igualdade de superfícies ; e a administração, em qualquer dos casos, não poderia em muitas circunscrições ter as qualidades, que a devem revestir, de prontidão e energia. Todavia, como os fins da acção administrativa se dirigem à população, deve ser este o elemento principal a atender na determinação das circunscrições (1).

E quantos devem ser os graus da divisão administrativa ?

LOBO D'AVILA, que publicou o seu trabalho em 1874, referindo-se a Portugal, entende que o êrro das nossas reformas administrativas tem sido o procurarem organizar, por assim dizer, dois estados, um pequeno, outro grande, o município em frente do estado, exigindo que aquele tenha todos os meios de conservação e de progresso, e obrigando assim à supressão de muitos pequenos concelhos, com desprezo do elemento histórico e tradicional, quando sim devia entre estes e o distrito criar-se uma circunscrição, onde alguns dos principais negócios pudessem ser devidamente tratados. Considera como de dois graus a divisão portuguesa, quando, em regra, nos estados civilizados não á menos de três ; nem aceita a paróquia para primeiro grau da divisão, porque faria depender da eclesiástica a divisão administrativa, sendo então preferível deixar subsistir os pequenos concelhos (2).

É de valor mais aparente do que real o argumento do maior número de graus de divisão de alguns países, pois que aí algumas dessas circunscrições não correspondem a entidades autárquicas territoriais, como succede na Itália com as divisões denominadas *mandamento* e *circondario* entre a comuna e a província, e em França o *arrondissement* e o *canton* entre o departamento e a comuna. Entende todavia o sr. dr. LARANJO que a divisão em dois graus tem conduzido a um dos dois sistemas seguintes, ambos nocivos :

1.º *Respeitar-se a autonomia local dos povoados que a tinham*

(1) Vej. COLMEIRO, obr. cit., t. I, n.º 116; dr. LARANJO, obr. cit., p. 55 e s.

(2) LOBO D'AVILA, obr. cit., p. 96 e s.

por tradição, o que é um bem; mas ficando por isso a administração a repousar em muitos casos sobre agrupamentos pouco numerosos, de área pouco extensa, de pequena força económica, de pouco desenvolvimento intelectual, e, por tudo isto, pouco susceptíveis de servirem de base a uma grande descentralização de atribuições; sendo exemplo disto a França com as suas 36:097 comunas.

2.º *Acabar-se com a autonomia de povoações que estavam costumadas a tê-la, aneasando-as a outras mais importantes*, para se constituir um agrupamento mais numeroso, mais rico de meios e de aptidões, e que ofereça uma base sólida para uma forte descentralização; mas *as povoações aneasadas sofrem* no seu amor próprio, *resistem* por isso sempre que podem, e, contribuindo para os melhoramentos e embelezamentos da capital do agrupamento, *ficam, de ordinário, relativamente a comodidades locais, em condições peores* do que aquelas em que estavam, *desgostando-se* com isso os seus habitantes e *desviando-se* por essa causa das funções administrativas; sendo exemplo disto Portugal.

O sr. dr. LARANJO é de parecer que a resolução do problema consiste em conciliar o respeito pelas autonomias locais, que tenham condições de vida, com a organização de circunscrições com meios de vida e aptidões para o desempenho das funções administrativas que se devem descentralizar; e que isto se pode conseguir — ou *a)* dividindo toda a administração em três graus: comuna ou concelho, união de comunas e distrito, ou paróquia civil, concelho e distrito, — ou *b)* prescindindo da uniformidade de graus, e organizando em um só grau a administração das grandes cidades, em dois a das comunas urbanas ou de povoação compacta, e em três a das comunas rurais ou de povoação dispersa, sendo neste caso o primeiro grau a paróquia ou a comuna. Dá todavia preferência a êste segundo processo, por ser mais armónico com a natureza das cousas, e procura justificar esta preferência (1).

(1) Vej. dr. LARANJO, obr. cit., p. 60 e s.

54. — As grandes cidades, as capitais e sedes de circunscrições.

Às considerações anteriores se prende o exame especial da administração das grandes cidades, quer sob o simples aspecto administrativo, quer ainda no caso de serem capitais de estado. Quanto a este último caso, o assunto é de mais próprio estudo na ciência política (1). Quanto ao aspecto administrativo, pode discutir-se a autonomia administrativa das grandes cidades, a sua divisão em mais de um município ou secções de município, e ainda a sua administração feita directamente pelo govêrno, quando este aí tenha a sua sede.

Também estreitamente ligado ao anterior está o problema da determinação das sedes das circunscrições, devendo atender-se, não à simples consideração da população aglomerada, mas a todo o conjunto de circunstâncias que justifiquem a preponderância e função própria de sede de circunscrição.

55. — O aspecto colonial: separação de matéria.

A administração de um estado estende-se a todo o território nacional, o direito administrativo em todo êle se executa. Mas nos estados coloniais a diversidade étnica das populações, com sua desigual civilização, as diferentes condições territoriais, o clima, a fauna, a flora, tudo concorre para que a acção administrativa e o direito que a assegura revistam, em relação à metrópole, as especialidades que aquelas condições peculiares impõem. Assim também o problema da divisão administrativa do território nas colónias tem de subordinar-se a essas mesmas condições.

Na ciência administrativa o aspecto colonial sujerê indagações particulares, quer referentes a teorias, quer no campo exejético, que determinam e justificam tratados especiais da

(1) Vej. dr. LARANJO, obr. cit., p. 62.

matéria, e até o ensino da administração colonial em curso próprio.

Pelas considerações expostas, tendo embora de estudar o direito administrativo português, e conquanto o território português se componha de uma parte da península ibérica ou hispânica, das ilhas adjacentes e ainda das relíquias preciosas de um vastíssimo império colonial na África e na Ásia e de um pequeno território de Timor(1), apenas nos referiremos no decurso do nosso trabalho ao direito administrativo que respeita à metrópole e às ilhas adjacentes(2); não nos ocupando da administração colonial, tanto mais que ela constitui objecto de disciplina especial do curso jurídico depois do decreto de 24 de dezembro de 1901.

SECÇÃO II

Divisões subalternas

56. — Logar oportuno para o seu estudo.

Falámos na secção antecedente da divisão do território, tendo em vista a constituição das pessoas administrativas, — divisão jeral ou orgânica. Seguia-se logicamente o dizer acerca de outras divisões administrativas do território, que ora com ela se armonizam, ora dela se apossimam sempre que possível, as quais são destinadas ao desempenho dos diversos ramos de administração ou serviços públicos, como condição para a execução técnica regular dos mesmos serviços, e as quais, tendo de adaptar-se a circunstâncias variáveis, quer no tempo, quer de lugar, podem igualmente variar, sem que isso influa na divisão fundamental.

Vê-se assim que estas divisões teem o seu especial interesse em relação ao país de que se trate; por isso dêste assunto

(1) Vej. *Cart. const.*, art. 2.

(2) Vej. *Cod. adm.*, art. 1.

deveremos falar relativamente a Portugal. Ora, as mesmas razões que, ao expormos o nosso plano, nos determinaram a reservar para a 2.^a e a 3.^a divisão da parte II o estudo dos organismos subalternos ao passo que aí formos examinando os respectivos serviços (1), igualmente nos indicam que é esse o logar oportuno para estudar tais divisões, que em si mesmas são também um dos modos da organização desses serviços.

CAPITULO II

Relações administrativas

57. — Natureza e espécies das relações administrativas.

Entre o estado ou outro sujeito revestido de poder público por um lado e por outro lado uma pessoa individual ou colectiva de natureza particular se dão, em jeral, as relações de direito administrativo; mas também estas relações se podem dar, em uma espécie de acção *reflecsiva*, entre duas pessoas administrativas, das quais uma envolva a outra, como entre o estado e uma autarquia local.

Acêrca dos particulares exercem as pessoas administrativas *poderes de supremacia*, dos quais deriva a obediência daqueles. Para que a relação entre a entidade pública e o particular se possa dizer jurídica, é necessário o reconhecimento da personalidade do súbdito. Para isto se estabelecem limites aos poderes de supremacia e se reconhece ao indivíduo a acção livre, segundo a sua vontade, dentro também de certos limites. Esta faculdade, que pode opor-se a indevidas intervenções das entidades administrativas públicas na esfera de acção individual, constitui o denominado *direito de liberdade*.

Por outro lado, as pessoas administrativas em muitas rela-

(1) Vej. p. 195.

ções obrigam-se de um modo positivo no interesse dos súbditos; aos direitos que para estes daí derivam se chama *direitos cívicos*.

Emfim, sendo as pessoas administrativas entidades abstractas, precisam elas, para o exercício da vontade que lhes corresponde, de servir-se de pessoas singulares, e algumas vezes de outras pessoas colectivas. Daqui derivam disposições mais ou menos jerais, que autorizam os súbditos, em nome e por conta daquelas entidades, a exercer funções públicas. As faculdades providas de tal autorização dizem-se *direitos políticos*.

Os direitos providos das relações administrativas podem dividir-se em patrimoniais e não patrimoniais, e também em pessoais e reais.

Os direitos de supremacia ou são jerais, se se exercem sobre todas as pessoas, não individualmente determinadas, que vivem em um dado território ou se encontram em dadas condições, ou são especiais, quando por um acto se dirigem a uma ou outra pessoa designadamente.

Convém distinguir o direito de supremacia do de poder público, atendendo a que todo o direito importa um poder, mas nem todo o poder implica um direito. Poder é uma capacidade jurídica, ou ainda natural e de facto, a qual pode também corresponder a um dever. Assim, é poder e dever do estado deferir justiça aos que se dirigem aos seus juizes. E o mesmo se deve dizer daqueles poderes a que se dá o nome de discricionários, os quais importam faculdades, não perfeitamente determinadas no seu conteúdo, mas só nos seus limites, dentro dos quais se podem desenvolver em muitas direcções e por modos diversos.

É importante no direito administrativo distinguir o conceito de direito subjectivo do de interesse. O direito subjectivo é também um interesse, mas um interesse protegido por uma norma jurídica mediante o reconhecimento da vontade individual e em cuja satisfação esta vontade tem um efeito decisivo. Todavia, no campo da actividade administrativa, a protecção

de certos interesses individuais pode derivar indirectamente da circunstância de que os interesses jeraes que a administração deve prosseguir resultam da combinação dos variados interesses singulares: não pode em tais casos a vontade individual exigir a satisfação desses interesses, mas sim cumprir à administração procurar satisfazê-los, quando possível e oportuno.

Podem os interesses distinguir-se em interesses *simples*, e estes podem ainda ser *ocasionalmente protegidos*, e interesses *legítimos*. O interesse é simples, quando apenas tem a proteção a norma geral que a administração observa no prosseguimento dos interesses jeraes que lhe incumbem; e se, além dessa norma geral, uma outra norma especial, sem aver sido produzida para tal fim, por qualquer modo protege aquele interesse, sem dar lugar ao reconhecimento da vontade individual que caracteriza o direito, tal interesse diz-se ocasionalmente protegido. Os interesses legítimos são os que encontram reconhecimento e protecção nas normas jurídicas, mas numa situação de subordinação ao interesse público; de modo que pode o seu titular fazê-los valer, desde que o interesse público a isso se não oponha; são, por assim dizer, direitos *enfraquecidos*, como lhes chamam os tratadistas alemães (1).

58. — Nascimento, modificações e extinção das relações de direito administrativo.

Os direitos não patrimoniais que derivam das relações administrativas não são, em regra, transmissíveis; a sua aquisição deve considerar-se originária.

Conquanto seja regra geral a intransmissibilidade dos direitos públicos não patrimoniais, pode todavia o seu titular, dentro de certos limites, usar da renúncia, não, em regra, de um ou outro desses direitos, mas do seu estado de cidadão, no qual eles se baseiam. Diversamente os direitos públicos

(1) SANTI ROMANO, obr. cit., p. 34 e s.; donde extraímos a matéria deste número.

patrimoniais são, em regra, renunciáveis e transmissíveis, regra que todavia sofre bastantes excepções.

Entre as modificações dos direitos no campo do direito administrativo indica SANTI ROMANO a, muito frequente, que êle, seguindo VACCHELI (1), designa pela expressão — conversão de um direito individual. Defrontam-se aí o interesse jeral e o interesse particular, e em tal caso aplica-se o princípio de procurar a realização da utilidade jeral com o menor prejuízo possível da particular. Na expropriação por utilidade pública, por exemplo, os direitos que o particular perde devem ser substituídos por outros equivalentes.

Para que propriamente se dê a conversão de um direito do particular, é necessário: 1.º, que o interesse particular constitua, no caso, um verdadeiro direito subjectivo; 2.º, que aja a privação total ou parcial de tal direito, para que a outro se dê lugar; 3.º, que o novo direito represente, no seu valor económico, o equivalente do direito que se perde.

O facto, que motiva a conversão do direito, pode não ter sido previsto, e assim a conversão, quanto à entidade que a determina, pode ser voluntária ou involuntária; deve todavia provir de um facto lícito, pois que, de contrário, entra-se no campo da responsabilidade da administração.

Entre as modificações dos direitos no campo do direito administrativo deve ainda notar-se a suspensão temporária de um direito. Este estado de cousas pode provir de uma necessidade urgente que se impõe e que determina, por parte do estado, uma limitação temporária do exercício, total ou parcial, de um direito individual.

O nascimento, as modificações e a extinção das relações de direito administrativo podem provir de numerosos factos jurídicos (2).

(1) *La difesa juridiq. dei diritti dei cittadini verso l'autorità amm.*, no *Primo trattato di dir. amm. ital.*, t. III, p. 230.

(2) Vej. SANTI ROMANO, obr. cit., p. 31 e s.

TÍTULO II

Ajentes da acção administrativa

CAPÍTULO I

**Teoria
das relações entre os agentes públicos
e as pessoas administrativas**

SECÇÃO I

**Serviço, função e ofício público;
espécies de agentes administrativos;
jerarquia administrativa****59. — Serviço, função e ofício público.**

Depois de avermos falado das pessoas administrativas, segue-se naturalmente tratar dos *agentes da acção administrativa*. Dêstes nos ocuparemos aqui sob um aspecto jeral; e o que, quanto a êles, dizemos a propósito do estado, é applicável semelhantemente aos agentes das outras pessoas administrativas.

O estado e as demais pessoas administrativas que êle inclui, para manifestarem a sua vontade e realizarem os seus fins, necessitam de *órgãos*. Êstes, como já dissemos, traduzem-se, em última análise, em pessoas físicas, para as quais o estado directa ou indirectamente transmite o exercício das *funções públicas*, e às quais incumbe o desempenho dos *serviços públicos*.

Um serviço público corresponde a um conjunto de meios, pessoal e material, com que uma pessoa administrativa realiza a sua missão ou uma parte dela. Todo o serviço público

supõe: uma circunscrição territorial; uma população, que dêse serviço aproveita; um pessoal, que representa a pessoa administrativa e pela qual exerce os direitos e realiza os actos jurídicos e materiais necessários ao funcionamento do serviço; um material, e dinheiro para pagamento do pessoal e do material (1).

Não é fácil encontrar nos escritores uma noção precisa de função pública; parece-nos entretanto poder considerá-la como sendo o complexo de poderes e de deveres a exercer em uma esfera determinada de negócios, tendentes à consecução de qualquer dos fins, que uma pessoa administrativa se propõe realizar (2).

Officio público é o conjunto de atribuições que o estado ou outra pessoa administrativa confia a uma ou mais pessoas físicas, para o desempenho de uma função pertencente ao mesmo estado ou pessoa administrativa com *fin publico*, isto é, no interesse jurídico ou social da colectividade (3).

Por isso que os órgãos da administração, investidos da missão de realizar os serviços públicos, não são, como já vimos, os sujeitos dos direitos correlativos a essas funções, mas sim a *longa manus*, como diz ORLANDO (4), por meio da qual o estado ou as outras pessoas administrativas realizam os seus fins, é claro que entre os diversos agentes da acção administrativa, o estado ou demais pessoas administrativas e os particulares se estabelecem relações jurídicas, — relações entre o funcionário e a função, entre o funcionário e o estado ou pessoa administrativa e entre qualquer destes elementos e a sociedade ou os seus indivíduos.

(1) VcJ. MOREAU, *Droit administratif*, Paris (A. Fontemoing), 1909, p. 55.

(2) Vej. MOREAU, obr. cit., p. 167; OTTO MAYER, obr. cit., t. IV, p. 7; GASTON JÈZE obr. cit., p. 43; GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia ammin.*, no cit. *Primo tratt. di dir. amm.* t. I, p. 238; DUGUIT, cit. *Dr. constil*, p. 438.

(3) Vej. ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 49, e GIRIODI, obr. cit., t. I, p. 224, 234 e 238.

(4) *Primo tratt.* t. I, p. 99.

Sabemos que nem todos os funcionários do estado são funcionários administrativos; sómente o são os que desempenham serviços administrativos. Todavia já vimos, ao expor a divisão sistemática da administração, que esta exerce atribuições referentes à organização dos diversos poderes do estado e aos seus meios de vida e de funcionamento(1). Aos agentes ou funcionários de qualquer dos poderes do estado se pode considerar em jeral applicável o que aqui dizemos a respeito dos agentes administrativos.

60. — Classificações dos agentes.

Os dois termos *agente* e *funcionário* podem *lato sensu* considerar-se equivalentes; mas, derivando a idea de *funcionário* ou de *oficial público* da de *função* ou de *ofício público*, pode em sentido restrito dizer-se que — *funcionário público* é toda a pessoa física ou *singular* que desempenha uma função pública ou participa no exercício dessa função.

Variadas são as classificações que se teem feito, e que vamos apresentar, dos agentes públicos.

a) Uma jeral observação nos mostra que os agentes da acção administrativa se apresentam — uns em forma *colectiva* ou *colejial*, outros em forma *singular* ou *individual*. Podem os agentes colectivos variar na sua estrutura, mas todos elles funcionam por meio de assembleas, em que deliberam sobre os negócios públicos da sua competência; em regra, teem sessões ordinárias periódicas, nas quais podem tratar de quaisquer dêsses negócios, mas também podem ter sessões extraordinárias, nas quais só lhes é permitido occuparem-se dos assuntos préviamente designados(2). A actividade do agente único é continua. As deliberações das assembleas são tomadas por

(1) Vej. entretanto ORLANDO, cit. *Principii*, p. 46, n.º 64.

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 4, 5, 20, 30, 31 n.º 3, 35, 37, 42, 43, 46 e §§, 159 e 164; organização aprovada por decreto de 2 de março de 1895, art. 1, 6, 7, 38 e 40 § un.; lei de 12 de junho de 1901, art. 1 alín. a) e d).

meio de votação(1), e do que ocorrer nas suas sessões se lavra acta em livro especial e com as formalidades que a lei exige(2).

b) Uma outra classificação importante se tem feito dos agentes em *funcionários* e *empregados*.

A cada passo a nossa legislação emprega uma ou outra destas denominações, e nem sempre é fácil determinar o seu valor(3).

Falando desta distinção, diz MEUCCI(4): «funcionário e empregado não são a mesma cousa. O empregado é retribuído; o funcionário pode não sê-lo. Todo o empregado é funcionário *lato sensu*, porém não reciprocamente».

ORLANDO(5) diz: «é *empregado* o que tem a obrigação de prestar o seu trabalho em serviço do estado, mediante uma *retribuição orçamental* e fazendo do serviço público a sua *profissão*, isto é, dedicando-lhe permanentemente a sua actividade física e intellectual a fim de retirar dela os meios de sua subsistência económica». E o mesmo autor já antes tinha dito(6) que é empregado do estado quem está ao seu serviço, *esteja ou não revestido de uma função pública*; que nem todos os empregados do estado são *officiais públicos*, e nem todos os oficiais públicos são empregados do estado; pois pode succeder que a função pública seja transmitida a outros entes, como a província ou a comuna, ou ainda a outros institutos, de orijem

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 25 e §§.

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 32 e 33.

(3) Vej. *Cód. civ.*, art. 1562 n.º 4, 2399, etc.; *Cód. adm.*, art. 8 § 1.º, *passim*.

O código penal no art. 327 diz: «Para os efeitos do disposto neste capítulo, considera-se empregado público todo aquele que, ou autorizado imediatamente pela disposição da lei, ou nomeado por eleição popular ou pelo rei, ou por autoridade competente, exerce ou participa no exercício de funções públicas civis de qualquer natureza». O cap. 13.º do tit. 3.º, liv. II, a que este artigo pertence e se refere, inscreve-se: — «Dos crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções» —. Em poucos logares do dito capítulo se lê o termo *funcionário* (Vej. *Cód. pen.*, art. 290 e 301 n.º 3).

(4) Obr. cit., p. 179.

(5) Cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 90.

(6) Obr. cit., p. 51, n.º 71.

meramente privada, como uma companhia de caminho de ferro, cujos empregados, quanto à manutenção da segurança pública no serviço da linha, são revestidos de uma função pública, e são portanto oficiais públicos.

Para MOREAU (1) são funcionários os agentes que exercem o poder público; e empregados os agentes cujos serviços são análogos aos das relações dos particulares. A condição dos primeiros pertence ao direito público; a dos segundos ao direito privado. Acrescenta MOREAU que certos agentes praticam actos jurídicos, e outros não, sendo o serviço destes puramente material, mas todos eles são classificados como empregados; dos primeiros porém uns só exercem direitos de pessoa privada e não são senão empregados, outros exercem direitos de potência pública e só estes são os funcionários (2).

Segundo a doutrina de MOREAU, não tem que atender-se à posição social do agente: um director jeral, que não tiver um poder próprio de decisão, será apenas um empregado; um simples guarda campestre, que pode levantar autos de transgressões de preceitos legais, actos jurídicos de poder público, será um funcionário.

c) NÉZARD (3) entende que todos os agentes do estado devem ser chamados funcionários, distinguindo-os depois, segundo a natureza dos actos que praticam, em *funcionários de autoridade* e *funcionários de jerência*; que em *stricto sensu* a palavra *funcionário* é só applicável aos primeiros.

d) Uma distinção recente se faz dos agentes em *funcionários propriamente ditos* e *agentes não funcionários* ou *simples agentes*. Funcionário é o agente que participa no desempenho de um serviço considerado como obrigatório para o estado; é simples agente o que colabora em serviço não considerado obrigatório para o estado. Este critério torna variável a exten-

(1) Obr. cit., p. 168.

(2) Vej. DUGUIT, cit. *Études de droit public*, t. II, p. 415.

(3) *Théorie juridique de la fonction publique*, 1901, p. 460 e s.

são de aplicação da qualidade de funcionário aos agentes do estado, por isso que com o tempo e conforme os estados varia a noção dos serviços considerados obrigatórios para estes (1).

e) Conforme as faculdades político-administrativas que são atribuídas aos agentes administrativos, também outra classificação se tem apresentado, dividindo-os em *directos* e *indirectos* ou *aussiliares*. Os *directos* teem a faculdade de estatuir, mandar ou decidir; são, assim, investidos de autoridade, representam uma parte do poder público; é-lhes adjunta uma certa prerogativa de onra (*dignitas*). Os *indirectos*, os quais, diz MEUCCI (2), podem assemelhar-se aos *munera* e *officia*, subdistinguem-se em: — a) agentes de *conceito* (pensamento ou idea), tendo encargos que demandam certa cultura, quer scientifica ou literária, quer especial ou técnica, quer jeral ou administrativa; e — b) agentes de ordem, com encargo meramente ministerial ou executivo (*officium*).

Semelhante a esta é a classificação de BATBIE em agentes que ordenam (autoridades), que preparam (empregados) e que executam (agentes). Mas esta distinção da antiga escola francesa é inaceitavel, pois que o inferior pode ser executor material da ordem, e portanto *agente* em relação ao superior, e ser por sua vez competente para dar ordens, e portanto *autoridade* em relação aos seus inferiores.

A divisão em agentes *directos* e *indirectos* é também apresentada entre nós por PERDIGÃO (3), sendo aqueles os funcionários ou majistrados investidos de autoridade, incumbidos da execução das leis de interesse jeral e em contacto directo com os cidadãos; e considerando agentes *indirectos* ou *aussiliares* os simples empregados sem carácter público, sem notoriedade official, sem contacto directo com os cidadãos, e que apenas teem a seu cargo o preparar os trabalhos dos agentes *directos*.

(1) DUQUIR, cit. *Études du droit public*, t. II, p. 413; GASTON JÈZE, obr. cit., p. 26.

(2) Obr. cit., p. 180.

(3) Obr. cit., t. I, p. 69.

Segundo o referido autor, podem os agentes directos distinguir-se em dois grupos, um formado pelos funcionários que representam cada um dos ministros nos serviços especiais dependentes do seu ministério, outro composto dos que representam o govêrno no seu todo, constituídos como delegados e representantes da autoridade central, por delegação ou subdelegação, na circunscrição respectiva. Estão no segundo caso o governador civil, o administrador de concelho e o rejedor de paróquia. Da primeira espécie á os funcionários, a quem estão incumbidos serviços especiais, e que também são considerados agentes directos do govêrno, por ser dêle que, immediatamente ou por intermédio dos chefes centrais dêsses serviços, recebem ordens e instruções, e a êle que pelo mesmo modo dão conta da sua execução; tais são: — os representantes diplomáticos e os agentes consulares em diversos graus das suas jerarquias; — os comandantes das divisões militares; — os majistrados do ministério público junto dos tribunais superiores e dos de segunda instância; — os chefes dos departamentos marítimos; — os delegados do tesouro; — o reitor da universidade e os directores das escolas de instrução superior e especial; — os reitores dos liceus; — os directores das obras públicas distritais; etc. Pertencem à categoria dos agentes indirectos os empregados que funcionam junto dos agentes directos, como preparadores e aussiliares no desempenho dos seus cargos.

f) Conforme predomina nos agentes o carácter *representativo* ou o *técnico*, assim também se dividem em — *representativos* e *profissionais* ou *burocráticos*. Esta distinção, ou em *funcionários de administração* e *burocráticos* (segundo MEYER), ou em *onorários* e *profissionais* (1), tem importância, diz POSADA (2), para caracterizar o tom jeral dos sistemas administrativos modernos.

(1) ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 91 e 131.

(2) Obr. cit., t. I, p. 310.

g) Conforme os interesses que teem a seu cargo na administração, são os agentes — *gerais* ou *particulares*.

h) Conforme o círculo administrativo de que fazem parte ou a esfera de acção da administração a que pertencem, os agentes são — *centrais* ou *locaes*.

i) Conforme o officio ou a forma da acção, a qualidade ou natureza da função, são — *activos* (que podem ser *executivos* ou *deliberativos*), *consultivos*, e ainda *contenciosos*, segundo executam ou deliberam e determinam o que deve fazer-se, consultam, ou julgam.

j) Segundo a natureza das administrações, ou antes segundo a pluralidade ou singularidade de serviços que representam ou desempenham, são — *gerais* ou *especiais*, conforme pertencem a administrações ordinárias e complecsas, ou a administrações especiais ou técnicas.

l) Segundo a residência, dizem-se — *internos* ou *externos*.

m) Quanto à sua orijem ou designação, são, em jeral, — *hereditários*, *electivos*, ou *de nomeação*, sendo esta livre, ou mediante concurso (1).

n) Quanto ao tempo, dividem-se em — *permanentes* ou *vitalícios* e *temporários*, sendo êste tempo ou indeterminado, ou de periodos ficsos, préviamente designados na lei.

o) Quanto à condição jurídica do agente, segundo diz POSADA, ou quanto à sua permanência, diremos nós, são — *amovíveis*, quando livremente podem ser transferidos, ou *inamovíveis*, quando só podem ser transferidos, decorrido o prazo determinado na lei, ou observados certos trâmites legais.

p) Quanto à sua situação, podem estar — na *actividade* ou na *inactividade*, na *espectativa*, como *aspirantes* ou *excedentes* ao quadro e a êle *adidos*, na *efectividade*, em *comissão*, *licenciados*, *aposentados*, etc.

(1) Além da majistratura real, ainda em Portugal e em outros estados á funcionários *hereditários*, como aedeante veremos.

g) Á também agentes de cargos de livre aceitação e agentes de cargos obrigatórios, segundo a lei.

r) Em relação a diferentes cargos os agentes podem ser — *efectivos, substitutos, ou interinos*; e os efectivos e substitutos ainda podem ser respectivamente designados para o cargo (por eleição ou por nomeação), ou denominados *natos*, desempenhando um cargo por dependência de outro em que já estão investidos (1).

Não se suponha que não possa aver agentes *substitutos e interinos* sem os efectivos e ainda dar-se a sua nomeação antes da dêstes, e até só a de interinos sem efectivos nem substitutos. Por vezes as circunstâncias assim o exigem, como no caso de, na falta inesperada do administrador de concelho efectivo e do substituto, se querer evitar que a administração passe a ser dirigida pelo presidente da respectiva câmara municipal, o qual pode não ser da confiança do governador civil (2).

Deve porém advertir-se que a nomeação de agentes interinos, quando aja substitutos não impedidos, e o chamamento daqueles ao exercício de funções em tais circunstâncias é um acto abusivo e ilegal. Tal é a doutrina que deriva das portarias de 12 de novembro de 1873 e de 28 (duas) de outubro de 1878 (3).

Também, sendo os substitutos e interinos destinados a suprir as faltas e os impedimentos dos efectivos, não podem simultaneamente com êstes exercer as funções próprias do cargo. Deriva esta doutrina das portarias de 1 de dezembro de 1852 e de 30 de janeiro de 1865, segundo as quais nenhum administrador substituto pode exercer jurisdição em assuntos administrativos desde que o administrador proprietário esteja

(1) Para obter exemplos entre nós, vej. *Cód. adm.*, art. 243, 269, 294; 245, 273, 299; 245 e § ún., 273 § 1.º

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 245 e 273 § 1.º

(3) PERDIGÃO, obr. cit., t. I, p. 76, n.º 8.

em exercício (1). Á todavia no código administrativo, art. 245 § único, um caso especial, relativo ao secretário jeral, substituto nato do governador civil, o qual não só pode exercer as funções de governador civil, sem que falte ou esteja impedido o substituto dêste de nomeação, mas também, como que simultaneamente com o governador civil, pode desempenhar funções dêste majistrado; devendo todavia notar-se que, nesta última hipótese, o governador civil faz delegação especial de atribuições.

Para o substituto nato, embora o seja de um cargo facultativo, o serviço é obrigatório, pois que a lei defere àquele as atribuições do efectivo, não como uma faculdade, mas por dependência de outro cargo, constituindo uma obrigação, que não pode ser recusada (2).

61. — As denominações de «majistrado» e «autoridade».

Além dos termos — *funcionário e empregado* —, ainda as nossas leis administrativas usam das denominações de — *majistrado e autoridade* — para designar diferentes categorias de agentes da administração pública do estado; sendo porém certo que não cabe indistintamente a qualquer dêsses agentes qualquer dessas designações.

Mas, se é verdade que as leis teem como distintas e de valor diverso tais denominações, não o é menos que, não se achando por lei determinadas ou definidas as características que as distinguem, difficil se torna em bastantes casos assentar na qualificação mais própria que deve caber ao agente (3).

A qualificação de *majistrado* compete, no sentido próprio da palavra, a quem tem jurisdição para julgar ou dizer de

(1) Vej. *Cód. adm.* de 1842, ed. annot. de 1865, p. 253.

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 245, 260 n.º 6, 273 § 1.º

(3) Vej. especialmente no *Cód. adm.* os art. 8 § 1.º n.ºs 2, 5, 8, 9, 11 e 12 e § 2.º; o art. 9 e § ún.; os art. 48 e 168; a inscrição do tit. VII e os art. 243, 248, 269 e 294; os art. 312 e 368, e a inscrição do tit. IX.

direito; mas o código administrativo applica-a, tanto ao governador civil, administrador de concelho e rejedor de paróquia(1), como aos auditores e agentes do ministério público junto dos juizes de direito.

Se a qualificação de *majistrado* apenas tiver carácter onorífico, só deverá ser applicada, quando a lei expressamente o declare ou claramente resulte das suas disposições. A designação de *autoridade* deve propriamente caber àqueles a quem a lei confere o exercício de uma parte do poder público; é todavia difficil resolver até onde vai a applicação de tal qualificativo, pois que para isso a lei não nos fornece dados explícitos, podendo portanto variar as opiniões, conforme se atenda sómente à idea de participação no exercício do poder público, ou quando se exija também ligada a essa participação a idea de designação onorífica. No relatório que precede o código administrativo aprovado por decreto de 2 de março de 1895 diz-se que a expressão — autoridades administrativas — nem no dizer das leis e regulamentos, nem em linguagem comum, significa o govêrno; e em officio da direcção jeral de administração política e civil de 16 de abril de 1902 (2), fazendo-se referência àquele relatório, se declara que na expressão — autoridade — nem usual nem técnicamente se inclui o govêrno.

Em relação aos corpos administrativos, como *autoridades* administrativas foram considerados os vereadores no decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo de 7 de fevereiro de 1872 (3); e mais regular seria applicar a denomi-

(1) As inscrições dos capítulos do título VII do código administrativo levam à applicação do termo *majistrado* ao governador civil, ao administrador do concelho e também ao rejedor de paróquia; todavia o jornal *O Direito*, t. XXIII, p. 120, opina que os rejedores de paróquia não são *majistrados* administrativos, com argumentos deduzidos do confronto dos art. 395 e 396 com os art. 398, 401 e 402 do código administrativo de 1886.

(2) *Anuario da direcção geral de administração politica e civil*, Lisboa (Imprensa Nacional), 1902, 14.º anno, p. 759. Vej. decreto de 29 de julho de 1886, art. 5 § 2.º; regulamento de 25 de novembro de 1886, art. 1 n.º 3 e art. 24; *Cód. adm.*, art. 352 n.ºs 3 e 6; lei de 9 de setembro de 1908, art. 89 — três.

(3) *Coll. off. de leg.*, p. 6. Vej. PERDIGÃO, obr. cit., t. I, p. 419.

nação a todo o corpo administrativo (1). Mas em outro decreto sobre consulta do mesmo tribunal de 25 de junho de 1890 (2) se diz, no segundo considerando, que os corpos administrativos, ou as suas comissões delegadas, não são incluídos na categoria de autoridades, como se mostra dos títulos II e VI do código administrativo de 1886. Já também na portaria de 23 de abril de 1877 as câmaras municipais não foram consideradas como autoridades administrativas; e esta doutrina está adoptada no officio da direcção jeral de administração política e civil de 12 de março de 1901 (3).

62. — Jerarquia administrativa; seus efeitos.

A distribuição do serviço por os diversos funcionários tem o seu fundamento no principio da divisão do trabalho, o qual teóricamente supõe a aplicação especial e por *vocação* da actividade pessoal ao serviço público.

São diversos os serviços do estado; mas toda a sua variedade se harmoniza em relação à unidade superior do estado, ao que corresponde uma ordem de coordenação dos funcionários, que implica: 1.º, subordinação de toda a função e de todo o funcionário ao fim do estado, ou, sob o aspecto positivo, submissão à constituição e às leis; 2.º, especialização técnica dos serviços em funcionários idóneos, o que orijina nos funcionários ordens especiais de subordinação, formando *jerarquias*.

O significado próprio do termo *jerarquia* é — poder sagrado —; foi porém o termo aplicado nas sociedades civis às diferentes séries de graus de poder, como jerarquia judicial, administrativa, etc. Á entre os majistrados, funcionários e mesmo corpos administrativos, certa ordem de graus, distin-

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 24 e 29, e confr. com art. 251 n.º 1, 278 n.º 1 e 432.

(2) *Collecção de decretos sobre consulta do supremo tribunal administrativo*, Lisboa (Imprensa Nacional), 1890 (t. 1.º), p. 293.

(3) *Cit. Anuario*, t. 13.º, p. 546.

tos pelas funções e pelo poder, e subordinados entre si por certa lei. *Jerarquia administrativa* é pois a série ordenada de agentes administrativos, subordinado cada um ao superior imediato por certo poder administrativo estável, não comum aos demais cidadãos.

A subdivisão das atribuições dos officios públicos, imposta pela administração moderna, traria a anarquia, se entre os officios subdivididos não ouvesse um vínculo, que reconduzisse à unidade de critério, de norma, de direcção a acção desses officios.

Da noção de jerarquia administrativa derivam conseqüências, umas *especiais*, isto é, dependentes da índole peculiar de cada serviço público, outras *gerais*, applicáveis a qualquer ordem jerárquica.

As conseqüências gerais são:

1.º O superior deve primeiro que tudo procurar estabelecer entre os diversos officios seus subordinados a maior unidade possível de direcção. Para isto formula normas jenéricas, que transmite aos subordinados, para lhes servirem de guia (circulares, instruções, etc.).

2.º O superior tem o direito e o dever de *vijiar* os officios a êle subordinados, para que sejam desempenhados exactamente; podendo usar de punições disciplinares contra o inferior que faltar ao seu dever.

O direito de vijilância dará como conseqüência ao superior jerárquico o poder de *substituir directamente* no trabalho o subordinado, desempenhando o cargo, que êste não sabe ou não quer tratar? É preciso distinguir: — ou a esfera da competência é pela lei transmitida ao superior, deixando-lhe liberdade para a dividir pelos seus subordinados, ou a competência do inferior é determinada pela própria lei; no primeiro caso a resposta é afirmativa, no segundo negativa, salvo todavia o caso de a mesma lei dar expressamente ao superior essa faculdade em relação ao inferior (1).

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 435.º e §.

3.º O superior jerárquico decide acêrca dos *conflitos* que surjam entre os funcionários a êle subordinados, bem como a respeito das instâncias dos particulares contra actos do inferior que lesem interêsses ou direitos dêles, sem prejuízo, neste último caso, do meio contencioso (1).

O código administrativo de 1878 dizia no art. 374: «Em toda a jerarquia administrativa, singular ou colectivamente considerada, as autoridades inferiores são subordinadas às superiores e obrigadas a cumprir todas as suas decisões e ordens legais, salvo o direito de respeitosa representação». É o princípio da subordinação jerárquica; e o mesmo pensamento se contém no art. 393 do código administrativo de 1886 e no art. 435 do código actual. Por vezes a lei declara expressamente a immediata subordinação, como, por exemplo, o código administrativo actual nos art. 244 e 269.

SECÇÃO II

Natureza jurídica da relação entre os funcionários e as entidades públicas

63. — Existência da relação; seu carácter jeral.

A existência da entidade pública e a do seu funcionário supõem uma relação entre ambos. Sob o seu mais jeral aspecto, esta relação é de *representação* (2). Assim: 1.º, o funcionário obra em nome e interêsse da entidade pública; 2.º, goza, para isso, da liberdade de acção necessária para desenvolver a sua actividade funcional; 3.º, responde pelas manifestações dessa sua actividade.

(1) Vej. ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 53 a 55; POSADA, cit. *Derecho adm.*, t. I, p. 307; PERREAU, *Du contrôle hierarquique*, na *Rev. du droit public*, t. VII, p. 439, t. VIII, p. 62; dr. LARANJO, obr. cit., p. 25; OTTO MAYER, obr. cit., t. IV, p. 67.

(2) Vej. ORLANDO, *Princ. di dir. amm.*, p. 306, n.º 529.

Ao pretender-se determinar a natureza da relação entre o funcionário e a entidade pública, surjem as teorias e as opiniões.

64. — Teoria unilateral.

Segundo a teoria unilateral, da relação entre o funcionário e a entidade pública não deriva reciprocidade de direitos e de deveres: a entidade pública tem por si todo o direito; o outro sujeito da relação, o funcionário, tem sôbre si todos os deveres.

Os sectários desta teoria consideram o officio público como uma emanação do direito de supremacia. Chamando e mantendo cidadãos ao seu serviço, a entidade pública exerce um acto de supremacia ou soberania, um acto de direito público no mais característico sentido da palavra.

Uma tal consideração exclui a idea de uma relação contractual, visto que um acto de império não pode depender do arbitrio do cidadão, mas sim contém uma fôrça coercitiva que impõe uma necessária obediência à ordem da autoridade pública. E isto justifica-se: o estado e qualquer outra entidade pública tem para a sua própria existência necessidade imprescindível dos funcionários públicos; nem a vida daquelas entidades pode depender de um accordo de vontades, que pode verificar-se ou não. Elas provêem pois às suas necessidades, não descendo a pactos com os cidadãos, mas impondo, ordenando, desenvolvendo o seu direito de supremacia; e assim sucede pelo que respeita aos funcionários públicos. Quaisquer reclamações dadas ao funcionário são outorgadas pela própria entidade pública.

A teoria unilateral é a dominante entre os escritores alemães, segundo ORLANDO.

65. — Teoria contratual.

Esta teoria funda-se no acôrdo das duas vontades — da entidade pública e do funcionário —, acôrdo que produz direitos e deveres recíprocos.

Conquanto alemão, STEIN segue a teoria bilateral, pois que para êle, como diz POSADA (1), o serviço público é uma vocação, uma profissão, e não um simples encargo; pelo que, liga o empregado e a entidade pública com um vínculo que determina direitos e obrigações, concorrendo aqui o elemento essencial do contrato: — *duorum in idem placitum consensus*.

Quando porém se procura determinar ou caracterizar a natureza dêste contrato, os sectários da teoria diferem de opinião.

Será *mandato*, visto que o funcionário obra por encargo da entidade pública?

Será *locação de obra* ou *prestação de serviços* que o funcionário presta por um tempo indeterminado, recebendo o ordenado como *salário*? (2).

Será um contrato inominado sôbre a base do *do ut facias*, o qual pede regras especiais de formação e aperfeiçoamento, um contrato de troca *sui generis*?

À quem considere que a relação participa dos dois contratos de *mandato* e de *prestação de serviços*, predominando em certos funcionários o mandato (uma autoridade), em outros a prestação de serviços (um subalterno).

Alguns entendem que a referida relação é de direito civil especial com carácter público.

Outros dizem que, ainda quando na relação aja os contratos indicados, supõe ela uma ordenação que deroga várias normas civis.

66. — Doutrina de ORLANDO.

Diz ORLANDO, restringindo-se à noção de empregado, que o defeito lógico da teoria unilateral está em pôr *o que poderia ser* em lugar de *o que é*; que não á para o estado recusa dos cidadãos aos empregos públicos, e que só assim se justificaria

(1) *Derecho adm. cit.*, t. I, p. 321.

(2) Vej. MEUCCI, obr. cit., p. 180.

a teoria. Isso sucede com efeito em relação a certas funções, como a da defesa nacional e a de jurados; e isto mesmo leva ORLANDO a, quanto ao exército, excluir da sua teoria os militares de *baixa força*, como êle diz (1).

Nota ORLANDO (2) que a moderna evolução do direito tem quebrado o antigo e rigoroso limite entre o *jus publicum* e o *jus privatum*; que é característico do direito moderno, e especialmente no âmbito da ciência administrativa, ir criando relações *sui generis*, que participam de um e outro dos dois antigos tipos clássicos de relações ou do direito público e do direito privado. São relações que assumem formas, com escopos, que pertencem sim ao direito privado, como o contrato, a utilidade económica, mas sôbre as quais o direito público exerce a sua influência, quer pela razão principal que determina aquelas relações, quer pelas formas e garantias especiais que o fim de utilidade pública lhes imprime. Desta natureza é a relação jurídica de que aqui se trata. Funda-se sôbre o acôrdo de duas vontades: presta-se um serviço e obtém-se uma recompensa; dá-se um mandato e exerce-se; mas nem por isto á um contrato de prestação de serviços ou de mandato, para cuja intelligência e maneira de regulá-lo bastem os títulos respectivos do código civil. A relação, conquanto jerada com formas e fins de direito privado, tem por causa o direito público, e necessidades de ordem pública submetem a um rejime especial as relações recíprocas entre as partes. Na exposição de tais normas consiste a parte especial da teoria em que estamos, e em que se estuda, além da orijem da relação, a sua acção e o seu desenvolvimento e o seu termo.

67. — Doutrina de POSADA.

POSADA (3) crê que em todas as opiniões anteriormente referidas á elementos aproveitáveis.

(1) Cit. *Princ. di dir amm.*, n.^{os} 142 e 147.

(2) Obr. cit., p. 95.

(3) Cit. *Der adm.*, t. I, p. 322 e s.

A relação de emprêgo, diz, é uma relação jurídica *sui generis*, sem nome na técnica civil; e não é admissível, na opinião jeral, a applicação das normas *civis* dos códigos às relações *contratuais* que podem derivar do emprêgo. Assim, a relação tem: — 1.º, o carácter *bilateral*; — 2.º, um conteúdo *contratual*; — 3.º, necessidade de uma ordenação *jurídica*. A relação de emprêgo é representativa, porque todo o funcionário-empregado é *em certo modo* representante do estado; por êste lado o emprêgo resolve-se em um mandato, de cujo exercício resulta para o estado um serviço que determina nele o dever da retribuição e da prestação das condições necessárias para que o mandatário possa cumprir o encargo. No fundo á a relação jurídica que implica a prestação de um serviço, a obtenção de uma recompensa e o cumprimento de um mandato que se recebeu; porém na forma não se trata só de contratos *civis*, porque a índole do serviço e a da representação do emprêgo exigem solenidades e condições especiais. É que a relação de emprêgo não é meramente contratual; é além disso uma *função* que, em virtude de razões *técnicas* e por motivos práticos finais, implica uma ordenação que excede a que em direito civil se applica à prestação de serviços e ao mandato. Com efeito, a relação de emprêgo pressupõe que o funcionário á de ser designado segundo sua capacidade e a prova desta, o que pede uma selecção. Além disso, a índole do serviço e o ser êste de um interêsse jeral impõem condições de organização, pelas quais o emprêgo á de ser occupação acessível aos cidadãos, segundo o seu mérito e a sua capacidade; por outra parte, a complecsidade do sistema de serviços públicos determina relações particulares e recíprocas. Em conclusão: a relação de emprêgo é uma relação juridico-política, por virtude da qual se estabelece a ordenação das funções profissionais do estado exercidas por seus agentes representativos.

Diz também POSADA que a doutrina dos estados tende a considerar a relação de emprêgo como relação jurídica de representação, submetida porém às exigências do estado. Em

geral não se admite que a relação de emprêgo pressuponha o acôrdo de duas vontades: o emprêgo é função que o estado organiza e cujo desempenho o empregado aceita, submetendo-se às condições que o estado impõe. O empregado segue as vicissitudes do estado. O ordenado é salário que o estado pode modificar.

68. — Doutrina de SANTI ROMANO.

Não podemos deixar de admitir que, usando do direito de supremacia, as entidades administrativas ou pessoas de direito público administrativo podem obrigar os cidadãos a tornarem-se órgãos delas. Daqui deriva o conceito do serviço público obrigatório, que assim se apresenta como um dever para os cidadãos.

Por outro lado, as mesmas entidades em relação a diversos serviços públicos não impõem uma obrigação, mas conferem a todo o cidadão, que se encontre em determinadas condições, o direito de exercer uma função pública.

Finalmente, em outros casos, não por meio de normas gerais, mas por actos especiais, aquelas entidades prepoem aos seus officios pessoas determinadas, que nisso consentem.

Acceptas estas indicações, não parece difficil comprehender que a natureza da relação entre as entidades públicas e as pessoas que compoem as organizações respectivas será diversa, conforme os casos a que acabamos de nos referir.

Podem todavia notar-se caracteres comuns e constantes. Assim, a relação é pessoal, visto que pressupõe um encargo conferido a determinadas pessoas; de tal relação nascem direitos e deveres para ambos os sujeitos da relação; na relação os dois sujeitos não figuram de igual para igual, mas sim se apresenta a entidade pública como pessoa dotada de supremacia em relação ao outro sujeito, o que se evidencia especialmente nas sanções disciplinares, e bem assim mostra que a relação, quanto à sua natureza, se desenvolve no campo do direito público. Isto não exclui a applicação de princípios que

tradicionalmente se tem desenvolvido no seio do direito privado, mas que devem considerar-se comuns tanto ao direito privado como ao direito público: tais são principalmente os que respeitam a representação nos seus diversos aspectos e ao contrato de prestação de serviços, embora as disposições do código civil não sejam muitas vezes totalmente aplicáveis.

Se não á fundamento na opinião, jeralmente rejeitada, que nega ao funcionário e ao empregado verdadeiros e próprios direitos relativamente às entidades públicas, também se pode dizer que a relação jurídica entre estas e aqueles não é contratual. A aceitação do cargo, officio ou emprêgo por parte do particular é pressuposta no acto da nomeação; êste acto constitui uma concessão, e pertence à categoria daqueles a que se dá o nome de negócios de direito público (1).

Tal é a doutrina de SANTI ROMANO, e ela nos parece a mais aceitável de entre as opiniões expostas (2).

CAPITULO II

Condições de admissão aos officios e emprêgos públicos

SECÇÃO I

Condições jerais

69. — Distinção entre condições jerais e especiais.

Reconhecida no estado a necessidade de entregar o desempenho das suas funções a órgãos específicos, necessária também se antolha a determinação de uma ordem jurídica para

(1) SANTI ROMANO, obr. cit., p. 69 e s.

(2) Vej. sobre a matéria desta secção MEUCCI, obr. cit., p. 182 e s.; MOREAU, obr. cit., p. 151 e s.; LABAND, obr. cit., t. II, p. 100 e s.

o recrutamento dos funcionários, em que tem de se atender a requisitos físicos, morais e intellectuais.

Este recrutamento obedece à distinção entre condições jerais e especiais, sendo estas últimas impostas pela peculiar natureza do serviço que o funcionário tem de desempenhar e que o obrigam em muitos casos a uma *competência* especial ou técnica; e ainda dentro de uma mesma ordem de serviços a distribuição do pessoal por graus dá por vezes margem à exigência de condições especiais diversas para se obter a idoneidade do funcionário.

A todo êste complexo de condições de recrutamento do pessoal, sua distribuição, determinação de categorias, relações recíprocas, etc., se pode chamar — a organização do funcionalismo público.

Sobre tão importante matéria variam as tendências e legislações dos diversos países, tendo sido na Alemanha objecto dos maiores cuidados, dedicando-lhe a Itália ultimamente a lei de 25 de junho de 1908 (estatuto juridico dos funcionários civis), e seguindo no mesmo caminho a França com o projecto de lei de 20 de novembro do mesmo ano (1).

Examinaremos o assunto, tendo principalmente em vista os preceitos do direito portuguezes.

Na legislação pátria não se encontram disposições, das quais sobre esta matéria se deduza um todo regular e armónico. Cada serviço acha-se, em jeral, estabelecido, tanto nas suas divisões internas, como no que respeita ao seu pessoal, sem se atender às organizações dos demais serviços públicos. O decreto de 25 de novembro de 1897 representa apenas uma tentativa de harmonia relativamente à organização interna das diversas secretarias de estado.

Nem mesmo as condições jerais para a admissão aos cargos

(1) Vej. *Revue du droit public* cit., t. XXV (1908), p. 754 e 709, e *Rivista giuridica e sociale*, Napoli, ano V (1908), p. 228.

públicos se acham designadas em diploma especial. Somos assim forçados, ao querer enunciá-las, a respigar de entre vários diplomas legais algumas disposições definidas e a suprir em parte as deficiências com doutrina derivada de preceitos jeraís das leis.

E sómente aqui falaremos das condições jeraís, que se prespõem para qualquer officio ou cargo público, não nos occupando por agora de condições especiais, porque estas, sendo pedidas pela natureza própria dos diversos serviços, devem ser apreciadas ao passo que se vá caminhando no estudo dos mesmos serviços. As condições especiais representam propriamente a abilitação especial ou técnica do funcionário.

70. — Designação das condições jeraís.

Para qualquer pessoa ser admitida a um officio público deverá ella satisfazer ás condições jeraís que passamos a enunciar.

a) *Ser cidadão do estado.*

Esta condição deriva entre nós da carta constitucional, art. 145 § 13.º, segundo o qual «todo o *cidadão* pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos, ou militares, sem outra differença que não seja a dos seus talentos ou virtudes».

A qualidade de cidadão português é oje regulada pelos artigos 18 a 23 do código civil, os quaes vieram substituir os artigos 7 e 8 da carta constitucional.

Para os cidadãos por naturalização, ou estrangeiros naturalizados, como diz a carta constitucional, conquanto cidadãos portugueses (*Cart. const.*, art. 7 § 4.º; *Cód. civ.*, art. 18 n.º 5), á as excepções estabelecidas nos artigos 68 § 2.º (1), 89 (2), 106 e 108 da referida carta, segundo os quaes os estrangeiros naturalizados não podem ser deputados, nem succeder na coroa,

(1) A excepção contida no citado § 2.º é mantida no *Acto adic.* de 1852, art. 7 § ún. p.º 1.

(2) Confr. com os art. 106 e 108.

nem ser ministros de estado, nem conselheiros de estado, e ainda outras exaradas em diversas leis (1).

Se em relação a outros cargos importantes os estrangeiros depois de naturalizados não são expressamente excluídos, essa exclusão impõe-se pelas conveniências públicas, como, por exemplo, quanto ao cargo de governador civil (2).

Relativamente a esta condição jeral — de ser cidadão português — devemos apontar uma excepção importante, que é a referente a algumas categorias de agentes consulares; dá-se ela por falta, muitas vezes, de nacional que possa ou queira desempenhar tais cargos. Pode também indicar-se outra excepção: — a relativa à escolha de pessoas, que, em virtude da sua especial competência, podem ser contratadas para o desempenho de alguns serviços públicos, principalmente de carácter científico, industrial ou artístico, que não affectam a vida política do estado.

A assemelhação do estrangeiro ao nacional, que é aceitável em direito civil, não pode alargar-se por forma igual no campo do direito político (3).

b) Saber ler e escrever.

A habilitação jeral de — saber ler e escrever — deve ter-se actualmente como necessária, em jeral, para o provimento em qualquer cargo público, seja qual for a sua categoria e a espécie de funcionário que tenha de o exercer, — efectivo, substituto ou interino. Exige expressamente o código administrativo a habilitação de saber ler, escrever e contar para o cargo de vogal de qualquer corpo administrativo e para o de rejedor; limita-a a saber ler e escrever ou mesmo a dispensa, quando

(1) Vej., quanto a pares do reino, a lei de 3 de maio de 1878, art. 4.

(2) Vej. dr. L. PRAÇA, obr. cit., t. I, p. 169.

(3) Para alguns cargos, além da qualidade de cidadão português, é ainda condição exigida o pertencer à circunscrição a que o cargo respeita, e às vezes o residir em determinada parte dessa circunscrição; é pois uma condição especial de *residência* para a admissão a alguns cargos públicos. Vej. *Cod. adm.*, art. 8, 36, 295.

não aja indivíduos com essa abilitação, para os logares de zelador e guarda campestre municipal (1).

c) Ser maior.

Atende-se assim ao desenvolvimento natural necessário para que o indivíduo tenha a capacidade suficiente, física e intelectual, para o regular desempenho do cargo público, e para que possa ponderar a responsabilidade que assume com o exercício do cargo e zelar convenientemente os interesses públicos (2).

Também esta condição jeral não é tão absoluta que não sofra excepções, relativamente a alguns cargos públicos, desde que se satisfaça às demais condições exigidas pela legislação reguladora desses cargos. A lei de 12 de setembro de 1887 (art. 88) e o regulamento de 24 de dezembro de 1901 (art. 192) sobre recrutamento militar pressupõem a possibilidade de o menor ser empregado público. E com efeito isto sucede em relação a alguns emprêgos; assim, para os logares de amanuenses a que se refere o decreto de 24 de dezembro de 1892 é bastante a idade de dezoito anos completos (3).

Não é fixado na legislação um máximo de idade além do qual, como condição jeral, o cidadão não possa ser admitido ao exercício de um cargo público; todavia por vezes, para casos especiais, a lei estabelece esse máximo de idade (4).

d) Estar no gozo dos direitos civis e políticos.

Deve o cidadão maior estar no gozo dos direitos civis, porque o interdito da administração de seus bens não oferece garantias de independência, seriedade e zelo para o desempenho de funções públicas.

(1) Vej. decreto de 24 de dezembro de 1892, art. 1 e 2; *Cód. adm.*, art. 4, 8 e 295; 128 e § ún.; 305 § 2.º

(2) A maioridade regula-a o código civil nos art. 11 a 313. Vej. *O Direito*, t. VI, p. 171.

(3) Referido decreto, art. 2 § 1.º

(4) Vej., quanto aos logares de oficiais de diligências das administrações dos concelhos ou bairros, zeladores e contínuos das câmaras municipais, o cit. decreto de 24 de dezembro de 1902, art. 2 § 1.º e *Cód. adm.*, art. 128.

Diz-se estar no gôzo dos seus direitos civis o indivíduo que, sendo maior ou emancipado, não estiver interdito da administração dos seus bens. Isto prova-se pelo livro de rejisto das tutelas (1).

Quanto aos direitos políticos, o cidadão deve estar isento de pena que estabeleça ou produza a suspensão de tais direitos. Esta suspensão consiste, como pena maior fica, na incapacidade de tomar parte, por qualquer maneira, no exercício ou no estabelecimento do poder público, ou funções públicas por tempo de quinze ou vinte anos (2); e, como pena correcional, tal suspensão consiste na privação do exercício de todos ou de alguns dos direitos políticos por tempo não menor de três anos nem excedente a doze (3). A incapacidade de exercício de direitos políticos pode também ser um efeito de pena maior ou de pena correccional (4).

O gôzo dos direitos políticos pode deduzir-se da inscrição no recenseamento eleitoral; mas êste elemento nem sempre é seguro: pode faltar a inscrição, e tal facto não corresponder ao não gôzo dos direitos políticos, e reciprocamente. O rejisto criminal é que deve considerar-se elemento de confiança, visto que nos respectivos boletins são inscritos os cidadãos incursos na pena, nos termos antes indicados, de suspensão do exercício dos direitos políticos por virtude de factos de que o código penal se ocupa ou da qual ela derive como um efeito; e é o certificado do rejisto criminal que as leis ou os regulamentos mandam apresentar.

A maioria legal para o uso dos direitos políticos é a mesma que para o uso dos direitos civis, — vinte e um anos —, não obstante a portaria de 29 de janeiro de 1869 dizer que ela se dava aos 25 anos (5).

(1) Vej. *Cód. civ.*, art. 300.

(2) *Cód. pen.*, art. 57 pena 9.^a e art. 63.

(3) *Cód. pen.*, art. 58 pena 3.^a e art. 66.

(4) *Cód. pen.*, art. 76 n.^{os} 1 e 2, 77 n.^{as} 1 e 2. Vej. ainda *Cód. pen.*, art. 71 e 72, quanto às penas, e art. 78, 80 e 81, quanto aos efeitos das penas.

(5) Vej. portaria de 11 de janeiro de 1870; *Acto adic.* de 1852, art. 5 n.^o 2; decreto

Não é fácil em todos os casos especiais determinar as características dos direitos políticos; todavia entre êstes, como deriva da carta constitucional, art. 145 e § 13.º, deve compreender-se o direito aos emprêgos públicos, seja qual for a sua ordem (1).

e) Apresentar, desde que tenha completado vinte anos de idade, documento comprovativo de aver cumprido ou estar cumprindo os preceitos da lei do recrutamento militar.

Esse documento pode ser: — ou certidão, extraída do livro competente e passada pelo comandante do distrito de recrutamento e reserva, de que o indivíduo, que pretende ser provido no cargo, foi recenseado e cumpriu os preceitos da lei do recrutamento militar; — ou, se ainda não tiverem terminado as operações do recrutamento dêsse ano, em que o pretendente ao cargo completa os vinte anos, certidão, passada pela comissão de recenseamento, de que o indivíduo está recenseado à data dêsse documento. Inclui-se na primeira hipótese o documento comprovativo da remissão do serviço militar.

Se, tendo à data do regulamento de 6 de agosto de 1896 mais de trinta anos de idade, o indivíduo ouver deixado de ser recenseado na época competente, terá, para ser nomeado para emprêgo público, de pagar o preço da remissão a que são obrigados os refractários (2).

e) Podem ainda considerar-se como condições jeraes para a admissão aos cargos públicos a apresentação de — documentos comprovativos de se estar quite com a fazenda nacional, de bom comportamento moral e civil e de que se não sofre de molestia contagiosa e se tem a necessária robustez.

eleitoral de 8 de agosto de 1901, art. 1: *Revista de legisl. e de jurispr.*, t. III, p. 717; dr. BERNARDO DE ALBUQUERQUE E AMARAL, *Direito eleitoral port.*, Coimbra, 1903, p. 21.

(1) Confrontem-se as referidas disposições da carta constitucional com o art. 3 do código civil. Vej. *Cód. pen.*, art. 59 penas 1.ª e 2.ª, art. 71 e 72, quanto às penas, e art. 76 n.º 1, 77 n.º 1, 78, 80 e 81, quanto aos efeitos das penas; e especialmente confrontem-se os art. 57 pena 9.ª e 58 pena 3.ª com os art. 76 n.º 1, 78 n.º 1 e 80.

(2) Vej. regulamento dos serviços de recrutamento do exército e da armada de 24 de dezembro de 1901, art. 192 e 218.

71. — O secso e os officios ou cargos públicos.

O secso feminino importará causa de exclusão dos cargos públicos?

Diz MEUCCI (1) que o secso masculino era anteriormente uma condição requerida para as funções públicas e até para o desempenho das profissões liberais; porém que o princípio tem sofrido e sofre diversas excepções. Com efeito, primeiramente concedeu-se à mulher o desempenho do majistério; depois o de certos serviços técnicos, como de correios e telégrafos, de farmácia, de medicina, etc.

Pode concluir-se, com MEUCCI, que não deve negar-se à mulher a idoneidade para algumas funções, e que, assim como o secso não exclui os graus de vigor mental e de carácter, assim pouco a pouco vai abrindo caminho a opinião de que é preciso deixar-se à mulher mais amplo campo no desempenho de serviços públicos, pelo menos naqueles em que altas razões de moralidade ou a exigência de fôrças físicas a isso se não oponham.

Á também quem exclua a mulher do desempenho de funções, que implicam o exercício de autoridade (2).

Entre nós a mulher pode assumir o mais elevado cargo do estado, pode ser rainha (3), bem como pode desempenhar outros cargos públicos e algumas profissões liberais (4).

72. — A religião e os officios públicos; o juramento religioso.

Quando em um estado, como em Portugal (5), se dá a adop-

(1) Obr. cit., p. 200.

(2) Vej. POSADA, *Der. adm.* cit., t. I, p. 328; BRUNIALTI, obr. cit., t. I, p. 193 e s.; SANTI ROMANO, obr. cit., p. 32.

(3) *Cart. const.*, art. 87.

(4) A primeira farmacéutica portuguesa, para ser admitida ao respectivo exame na Universidade de Coimbra, suscitou a portaria de 25 de outubro de 1860, na qual se invocou o exemplo das nações mais adiantadas e o não aver lei no país que proibisse às mulheres o estudo da medicina ou da farmácia nem incompatibilidade da prática farmacéutica com o secso feminino,

(5) *Cart. const.*, art. 6.

ção de uma religião como oficial ou religião do estado, será obstáculo ao exercício de um cargo público a profissão de outra fé religiosa?

Como preceito jeral, entre nós, deve seguir-se a negativa, em face do artigo 145 §§ 13.º e 4.º da carta constitucional. E nisto se está de acôrdo com o direito moderno, pois que, em princípio, o estado deve respeitar a consciência religiosa dos cidadãos.

Podem porém, quanto ao nosso direito público, levantar-se dúvidas, em vista do artigo 6 da carta constitucional, quando aja de prestar-se público juramento e êsse juramento seja concebido em fórmulas especiais, expressas na lei, que envolvam afirmação relativa à religião; sendo então, nesses casos de funções públicas de importância superior, como aquelas a que se referem os artigos 76, 79, 97 e 109 da mesma carta, mais seguro seguir a afirmativa (1).

73. — As ideias políticas e os officios públicos; o juramento político.

Mais grave do que a do numero anterior se pode considerar a questão das ideias políticas.

Temos por opinião preferível a que considera inviolável a consciência do cidadão, ainda neste ponto, de modo que sómente as ideias professadas com solenes manifestações e quando sejam contrárias ao regime constitucional estabelecido possam ser causa de incapacidade e justa razão de exclusão; mas não ainda em relação a todos os officios públicos, e só quanto àqueles em que o funcionário se encontraria na indeclinável alternativa de trair ou a representação de que foi investido ou as suas convicções (2).

(1) Vej. MEUCCI, obr. cit., p. 198; POSADA, *Der. adm. cit.*, t. I, p. 327; dr. L. PRAÇA, obr. cit., p. 176 e s.; *O Direito*, t. VI, p. 585; *Rev. de leg. e de jur.*, t. XV, p. 5.

(2) Vej. MEUCCI, obr. cit., p. 199; POSADA, obr. cit., t. I, p. 327.

Em relação ao juramento político, o qual precede a posse do cargo público, cabem aqui considerações semelhantes ao que se disse quanto às ideias religiosas (1).

Entre nós, segundo a portaria de 21 de junho de 1837, o juramento é exigido, *sejam quais forem as opiniões políticas* do funcionário.

Com o juramento o funcionário promete desempenhar fielmente o seu cargo e ser leal às instituições fundamentais do estado. Teem-se-lhe levantado censuras, por ser inútil, ofensivo da liberdade de consciência, prejudicial por afastar elementos úteis; mas praticamente o juramento é uma formalidade, que tem por fim, quanto ao funcionário, a afirmação solene do cumprimento das obrigações que assume, cumprimento que poderá realizar, independentemente de diverso ideal político.

SECÇÃO II

Designação e formas de admissão dos agentes públicos

74. — Sistemas de designação.

Da boa escolha das pessoas a quem são confiadas as funções públicas depende na mássima parte uma recta e profícua administração.

Diferentes teem sido e são os sistemas adoptados para o recrutamento do funcionalismo público, podendo referir-se os de — *erança, venda ou doação, arrendamento ou arrematação, sorteio, eleição, nomeação* —, ora simples, ora alguns dêles combinados; e ainda a *imposição da lei*, quer como sistema de admissão, quer pela anexação ao exercício de um cargo de funções ou atribuições de outro cargo.

(1) Vej. ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 798.

O sistema da *erança*, convertendo o officio público em propriedade de família para o passar hereditariamente de pai a filho, representa, como sistema jeral, uma forma histórica, contrária ao direito público moderno; nele se sacrificava a garantia de capacidade do futuro funcionário ou empregado. Actualmente êsse princípio acha-se limitado à magistratura real nos estados monárquicos e ainda em alguns a uma parte do poder legislativo (1).

O sistema da *venda* ou *doação* do officio é ainda mais do que o anterior repugnante ao regime representativo, e á muito foi banido. Em tal sistema o bem público era posto de lado, para se atender aos lucros do cargo, ao interesse particular.

O sistema de *arrendamento* ou *arrematação* consiste em o estado entregar o desempenho de um serviço público a uma pessoa ou empresa particular, a qual recruta os seus empregados, revestindo êstes, para certos efeitos, o carácter de funcionários públicos. Podem referir-se entre nós as empresas que desempenham serviços em nome do estado ou exercem monopólios, como as companhias de caminhos de ferro, a empresa exploradora do monopólio dos tabacos, etc.; pode também citar-se do código administrativo o art. 79, pela faculdade que confere às camaras municipais de porem em arrematação alguns dos seus rendimentos.

O sistema do *sorteio* foi applicado na velha Atenas; pressupunha-se a igualdade de capacidade nos cidadãos entre quem se fazia o sorteio, ou a intervenção da vontade divina na designação da sorte. O sorteio ainda figura nas leis modernas, — não como sistema de admissão, e apenas como processo para resolver, em igualdade de condições de dois ou mais indivíduos, aquele que, na hipótese respectiva, deve ser investido da função. Podem, como exemplos, referir-se o sorteio na designação dos jurados, tanto no processo criminal como no

(1) Vej. entre nós a *Cart. const.*, art. 4 e 86 a 88, art. 39; lei de 3 de maio de 1878; lei de 24 de julho de 1885, art. 6 § 7.º, e lei de 3 de abril de 1896, art. 1 e §§.

comercial e civil (1), de entre os cidadãos previamente inscritos nas pautas respectivas; o sorteio nas operações do recrutamento (2), e o sorteio de que fala o decreto eleitoral de 8 de agosto de 1901 no artigo 102 § único. Por vezes o sorteio é substituído pela preferência da idade maior, do que dá exemplo o código administrativo nos artigos 10 § 1.º, 45 e § 2.º, 159 § 1.º e 214 § único, ou por outra circunstância, como a naturalidade, a residência, etc. (3).

O sistema da *eleição* pode revestir a forma directa ou indirecta, conforme o primeiro corpo eleitoral designa o funcionário, ou eleje os indivíduos que depois, também por meio de eleição, o designam (4).

O sistema da *nomeação* importa a designação do funcionário ou empregado feita por outro funcionário, autoridade ou entidade oficial de superior categoria, revestida ou não essa designação de condições prévias ou concomitantes. É por este sistema jeral que se faz o maior número de designações de funcionários ou empregados.

Á também funções que derivam de uma *imposição da lei*. Esta imposição pode revestir a natureza de sistema de admissão, e tais entre nós são os casos do serviço militar e das funções de jurado; ou traduzir-se sómente na anexação de funções constitutivas de um officio público ao exercício de outro cargo, ou ao funcionário de outro cargo, o qual assume o exercício de tais funções no impedimento ou falta do respectivo serventuário (5).

A discussão dos sistemas de designação do funcionário ou empregado público pode dizer-se que se restringe aos de *eleição* e *nomeação*.

(1) *Nov. ref. jud.*, art. 1127 e 518; *Cód. do proc. com.*, art. 55 § 2.º; *Cód. do proc. civ.*, art. 401 § 6.º

(2) Regulamento dos serviços de recrutamento militar de 24 de dezembro de 1901, art. 98 e s.

(3) Vej. citado logar do decreto eleitoral.

(4) Vej. *Cód. adm.*, art. 5 e 234.

(5) Vej. *Cód. adm.*, art. 308, 321 § 1.º, 215 e 273 §§ 1.º e 2.º

O sistema da eleição é largamente exercido nos Estados-Unidos da América do Norte e na Suíça; nos governos absolutos a nomeação, a arbítrio do soberano, tem sido o sistema seguido; nos estados constitucionais, como a França, a Espanha e Portugal, predomina o sistema da nomeação para os cargos da administração jeral do estado de natureza burocrática ou exercidos por agentes singulares e o da eleição para os órgãos colegiais autárquicos e os agentes seus subordinados (1).

O sistema da eleição popular directa, aplicado à designação do funcionário de natureza burocrática, tem defeitos graves, facéis de reconhecer, atendendo à composição do corpo eleitoral e sua irresponsabilidade, e à acção partidária da maioria, a que o empregado deve a sua escolha. A eleição indirecta pode atenuar, mas não destruir, tais inconvenientes; e o mesmo pode dizer-se do sistema misto de eleição de lista múltipla e nomeação do funcionário de entre os eleitos.

O sistema da nomeação tem também defeitos, como sistema jeral, sobretudo quando se trata de funções que melhor devam reflectir a opinião pública; e ainda, quanto às outras funções, pelos arbítrios prováveis a que os nomeações podem prestar-se, sendo, como são na jeneralidade dos casos, em última análise, indicadas ou feitas pelos ministros. A estes defeitos opõem-se elementos de correcção, como a já referida intervenção do elemento electivo, mas principalmente a exigência de garantias, que façam prevalecer ao arbítrio do nomeante a capacidade e o mérito do nomeando.

Isto leva a distinguir entre funcionários de carácter político ou administrativo territorial mais em contacto com a opinião pública e funcionários que importem um cargo de confiança dos elementos do poder central, e entre funcionários de admi-

(1) Vej. *Cart. const.*, art. 74 §§ 1.º e 5.º, 75 §§ 2.º a 6.º; *Cód. adm.*, art. 244, 270, 294; 258 262, 282, 290; 5 e 234, e 25 § 2.º

nistração complexa ou jeral e funcionários de administração especializada ou técnica; sendo preferível a eleição para os funcionários que melhor devem corresponder à opinião pública, e a nomeação para os restantes, acompanhada da exigência de habilitações, quer jerais, quer especiais, que possam garantir a capacidade jeral ou técnica do agente, conforme a função a desempenhar.

Também convém distinguir entre a primeira entrada ou admissão ao serviço público e as nomeações seguintes para os logares denominados *de carreira*. Para a admissão é jeralmente preferido o meio do *concurso* de habilitações tituladas, ou de provas públicas, ou de umas e outras conjuntamente; e nas provas públicas as escritas sómente, ou as escritas e orais. Para as *promoções*, depois da admissão nos termos anteriores, pode seguir-se a simples *antiguidade* no serviço, o *exame* prévio, ou o *concurso* limitado a determinadas categorias de empregados, e ainda o *merito* ou valor demonstrado no serviço efectivo; mas, porque também êstes meios teem cada um de per si vantajens e defeitos, preferível será combiná-los, sempre que isso possa fazer-se.

E ainda, avendo cargos de elevada importância, para os quais o meio do concurso poderia, em vez de proveitoso, ser prejudicial, não só porque muitas vezes a cultura pedante, superficial mas com brilho, levaria vantagem sobre outras qualidades importantes, quer intellectuais quer de outra ordem, mas também porque altas competências para tais cargos não se prestariam aos confrontos e contingencias de um concurso. Em tais casos parece dever afastar-se êste meio, suprimindo-o por outras garantias, como, por exemplo, a nomeação deliberada em conselho de ministros, ou mesmo sujeita ao voto consultivo do conselho de estado.

Emfim, para a designação dos órgãos superiores do poder executivo, — os ministros —, é natural dar ao chefe do estado, como chefe que é do mesmo poder, a livre faculdade da sua designação, tendo todavia em vista as denominadas indicações

constitucionais e a justa opinião pública, sob o superior critério do bem do estado.

75. — Competência para a designação.

Os funcionários pertencem ou à esfera da administração jeral, — o estado, ou às diversas esferas orgánicas da administração, — as circunscrições territoriais fundamentais, ou — às demais pessoas administrativas. Parece assim natural que a cada uma destas diferentes esferas de administração ou pessoas administrativas compita, pelos órgãos representativos da sua unidade, a designação dos funcionários respectivos. Por outro lado porém, como as pessoas administrativas menores do que o estado a este pertencem e são também órgãos dêle, pode perguntar-se, se ao chefe do estado deve dar-se a atribuição jeral da designação de *todos* os funcionários públicos.

O assunto não tem tido nem pode ter no estado moderno esta solução unitária; nem tão pouco se tem observado em toda a sua extensão a solução primeiramente indicada.

A própria natureza obrigatória ou voluntária da função ou do cargo pode obrigar a competências especiais para a designação; e á sobretudo que distinguir entre os cargos de eleição popular e os de nomeação.

Nos cargos de eleição popular o próprio processo da eleição encaminha à solução natural de que seja o presidente da assemblea última de apuramento a entidade competente para declarar a designação, pela proclamação do funcionário eleito perante a assemblea. E já aqui deixamos de lado as funções correspondentes a todo o acto eleitoral, para o desempenho das quais á também designações especiais de pessoas (1).

O aspecto principal do problema é o referente aos cargos de nomeação; e a sua solução prende naturalmente com as

(1) Vej. decreto eleitoral de 8 de agosto de 1901, art. 44, 45 e §§, 47 e §§, 50 e § 1.º, 93 § 2.º; *Cod. adm.*, art. 207, 213 a 216, 223 § 2.º, 234 e 236, 45, 63 e 64 § 2.º

ideias mais ou menos descentralizadoras, que actuam no sistema de administração de cada estado.

Creemos todavia poder assentar em que, fixados pelo estado os quadros do funcionalismo das diversas pessoas de direito público menores do que o estado, estabelecidas por êle as garantias de capacidade dêsse funcionalismo e as formas ou sistemas de designação, e determinados os meios de recurso para quando esta seja ilegal ou irregular, poderá a designação atribuir-se àquelas pessoas administrativas. É êste o sistema seguido, em jeral, entré nós (1).

Quanto aos cargos jerais do estado, não é indispensável que todos os funcionários de nomeação sejam designados pelo chefe do estado; e mesmo no estado moderno, em que, por virtude da larga injerência social do estado, o funcionalismo tem aumentado extraordinariamente, convém desconcentrar razoavelmente essas nomeações, attribuindo parte delas aos chefes das grandes divisões da administração pública, e mesmo aos chefes especiais de serviços. Assim succede em alguns casos (2).

76. — Forma e diploma da designação.

Tratando-se de funções electivas, o documento da designação do funcionário eleito é a própria acta do apuramento final da eleição, a qual é assinada pelo presidente e pelos vogais que constituem a mesa da assemblea respectiva (3).

Nos cargos de nomeação os titulos de designação variam conforme a entidade nomeante e a categoria do funcionário nominando.

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 51 n.º 18, 110, 114 a 117, 122, 126 § ún., 127, 131; 169, 174, 176 n.º 15. Casos á que se desviam da regra jeral indicada, como são os dos art. 39, 131 § ún., 175 e § ún. e dos art. 63 e 64 § 2.º confrontados com o art. 45 e § 1.º do código administrativo.

(2) Vej., quanto a este assunto, *Cart. const.*, art. 74 §§ 1.º e 5.º, art. 75 §§ 2.º a 6.º, *Cód. adm.*, art. 244, 245, 270, 273, 258, 262, 309, 319, 321; 250 n.º 10, 263, 282, 294, 299; 277 n.º 21 e 22, 290, 305 § 1.º

(3) Vej. *Dec. eleit. cit.*, art. 48, 91 § 2.º: *Cód. adm.*, art. 225, 237.

Entre nós constam de decreto do poder executivo as nomeações feitas pelo chefe do estado, avendo depois a carta réjia da concessão da mercê ou diploma de encarte.

O artigo 440 do código administrativo diz como se fazem as nomeações da competência das autoridades, corpos administrativos e estabelecimentos dependentes do ministério do reino para empregos sujeitos a direitos de mercê; e sem o pagamento do imposto do sêlo e dos direitos de mercê ou, quanto a êstes, permissão para o pagamento em prestações não podem ser expedidos aos nomeados os diplomas de encarte (1).

Os títulos das nomeações feitas por os majistrados administrativos são alvarás, passados por êsses majistrados. São também alvarás, expedidos pelos respectivos presidentes, os títulos de nomeação dos empregados das corporações e dos corpos administrativos, fundados na deliberação que os ouver nomeado (2).

SECÇÃO III

Incompatibilidades

77. — Capacidade, incapacidade, incompatibilidade.

O termo *capacidade*, em referência aos cargos públicos, corresponde, em um sentido jeral, não só ao ^hpreenchimento das condições, quer jerais, quer especiais, que se exigem ao cidadão para poder ser admitido a um cargo público, mas ainda à não existência no cidadão de qualquer circunstância inibitória do cargo; e assim, inversamente, também em um sentido jeral o termo *incapacidade* é aplicável não só à falta de qualquer daquelas condições jerais ou especiais, senão também à presença de qualquer circunstância de efeitos inibi-

(1) *Cód. adm.*, art. 442 e 443 § 1.º

(2) *Cód. adm.*, art. 443.

tórios (1). Em sentido jeral portanto a *incapacidade* compreende a *incompatibilidade*.

Todavia, em sentido restrito e próprio, o termo *incapacidade* sómente respeita à deficiência no individuo de condições jerais ou especiais para a sua admissão a um cargo público, emquanto que a *incompatibilidade*, em vez de corresponder à falta de qualquer elemento, provém, pelo contrário, pressupondo até aquelas condições, da presença de um elemento novo, que, pela acção que pode reflectir no desempenho do cargo ou officio público, a lei considera como um impedimento à admissão ao cargo, ou pelo menos ao exercício da função respectiva.

78. — Incompatibilidades, inelegibilidades.

O exercício simultâneo de cargos públicos por uma mesma pessoa e o exercício de um cargo por uma pessoa que se encontre em determinadas condições podem ser origem de graves inconvenientes para o serviço público. Com efeito, pode a simultaneidade do exercício de dois cargos por a mesma pessoa ser fisicamente impraticável (2); pode a actividade de um só individuo não ser bastante para o desempenho regular de dois ou mais cargos; pode a acumulação de cargos, sobretudo quando elevados, revestir o funcionário de largos poderes, que facilmente o levem ao abuso e ao arbítrio; pode um dos cargos importar o dever de fiscalização sobre o outro; pode a recondução no exercício do mesmo cargo, quando o desempenho pessoal dêse cargo é feito por periodos preficados na lei, tender a desvirtuar a natureza do seu provimento; pode dar-se colisão entre os interêsses pessoais e particulares

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 8 §§ 2.º e 3.º, onde a palavra *incapacidade* é tomada no sentido jeral.

(2) Esta hipótese corresponde antes a uma impossibilidade material do que propriamente a uma incompatibilidade; mas, para os efeitos legais, pode dar-se-lhe o valor de incompatibilidade.

do funcionário e os deveres inerentes ao exercício do cargo público, e ou aqueles interesses provenham de situação especial criada em relação à pessoa administrativa a que o mesmo cargo pertença, ou elles resultem do exercício de uma dada profissão pessoal.

Nesta opposição de causas, de fôrças e deveres, de atribuições entre si, de funções e interesses, assenta o princípio das *incompatibilidades*, com as quais se procura manter a reciproca independência dos diversos poderes e officios públicos, evitando os inconvenientes acima indicados (1).

«*Incompatibilidade* é, pois, a impossibilidade da coexistência de duas qualidades que se excluem» (2).

As incompatibilidades importam, como se vê, uma limitação ao livre exercício de direitos individuais e políticos; devem por isso ser interpretadas, não extensivamente, mas *restritivamente*. Confirmando este princípio, encontramos entre nós a portaria de 25 de fevereiro de 1862, o decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo de 25 de outubro de 1882 (3), etc.

Mas o princípio de que as incompatibilidades são de interpretação restrita não implica forçadamente a expressa declaração da lei para cada um dos casos. Elas podem também deduzir-se de princípios fundamentais exarados nas leis, como a distinção dos poderes do estado (4); podem ainda resultar

(1) Segundo uma resolução do ministro do reino de 10 de dezembro de 1890 (*Anuario* cit., t. III, p. 294), as incompatibilidades entre quaisquer cargos derivam sempre da oposta natureza das atribuições que lhes estão confiadas. Nessa resolução, no vigor do código administrativo de 1886, declarava-se manifestamente ilegal a cumulação do exercício do cargo de vogal da comissão distrital com o de substituto do tribunal administrativo, devendo cessar aquele enquanto subsistisse o *segundo*, nos termos do art. 13 § ún. confrontado com o art. 7 n.º 7 do referido código.

(2) LESCUYER, *Manuel pratique d'administration communale*, 2.ª ed., Paris (A. Giard), 1891, p. 74. Vej. JOSÉ SILVESTRE RIBEIRO, *Resoluções do conselho de estado*, Lisboa, t. III (1855), p. 53 e s.

(3) *Diario do Governo*, número 8 de 1883, ou *Col. of. de legisl. port.*, 1882, p. 599. Vej. *Cód. adm.* de 1842, ed. anot. de 1865, p. 37, not. 2.

(4) Diversas portarias tem entre nós invocado esse princípio constitucional como funda-

de alguma das causas já anteriormente indicadas, se da sua natureza não derivar a necessidade de uma declaração legal expressa, como quando se mostre impraticável o exercício simultâneo de dois ou mais cargos, ou quando as funções de um são dependentes da fiscalização do outro, ou quando as funções do cargo estão em opposição com os interesses da pessoa que se propõe exercê-lo (1).

Pode todavia para determinadas ordens de funções exigir a própria lei que as incompatibilidades sejam sempre nela designadamente expressas. Assim, entre nós, atendendo à natureza especial das entidades representativas das circunscrições territoriais, entidades especificamente denominadas *corpos administrativos*, nenhuma outra incompatibilidade á além das expressamente designadas na lei (2).

Também o referido principio de que as incompatibilidades são de interpretação restrita, e porque correspondem a uma limitação de direitos, conduz a que, reconhecida a incompati-

mento para a declaração de incompatibilidades. Vej., como exemplo, a portaria de 21 de outubro de 1878. Segundo o mesmo principio deveria o exercício das funções de vereador considerar-se incompatível com o exercício de funções de magistrado ou empregado judicial; todavia o citado decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo de 25 de outubro de 1882 não julgou incompatível o exercício daquelas funções com as de juiz ordinário, por não aver lei que declarasse tal incompatibilidade.

(1) Vej. decreto sobre consulta do conselho de estado de 18 de março de 1863 (*D. L.*, n.º 126).

(2) *Cód. adm.*, art. 15 § 2.º O código administrativo de 18 de março de 1842 dispunha o seguinte no artigo 353: — «Não á nenhuma outra incompatibilidade para o serviço dos cargos administrativos alem das que se acham expressamente marcadas neste código» — ; o código administrativo de 8 de maio de 1878 seguiu no artigo 373 a mesma redacção, excepto quanto ás últimas palavras «neste código», que substituiu por a expressão «na lei»; o código administrativo de 17 de julho de 1886 no artigo 394 empregou a locução «corpos administrativos» em vez de «cargos administrativos», mantendo no mais a redacção do código de 1878. Restrinjiu portanto o código de 1886 a latitude que pelos códigos anteriores era dada á disposição referida, limitando-a sómente aos *corpos* administrativos; e assim remediou o inconveniente dèsses códigos, visto que nem todas as incompatibilidades para *cargos* administrativos se podem supor expressamente declaradas na lei. O código administrativo de 1896, convertendo no § 2.º do artigo 15 a disposição do citado artigo 394 do código de 1886, que com igual redacção vinha no artigo 445 do código administrativo de 2 de março de 1895, juntou ao termo «incompatibilidade» a palavra «inelejibilidade», e deu-lhe mais própria collocação. Para os *cargos* administrativos não á oje preceito equivalente ao citado § 2.º do artigo 15 do código administrativo actual.

bilidade, se deve facultar ao funcionário após a designação para os cargos incompatíveis ou de exercício incompatível entre si, e sempre que a lei a isso se não oponha, a opção por um deles ou pelo exercício de qualquer deles (1).

O conceito de *incompatibilidade* envolve o mais restrito de *inelejitabilidade relativa*. Importando esta inelejitabilidade a impossibilidade para uma mesma pessoa de acumular dois cargos electivos, ou de acumular com um cargo de nomeação ou com determinada profissão ou situação pessoal um cargo electivo, ou simplesmente o seu exercício simultâneo, — tais casos representam verdadeiras incompatibilidades, e, só porque em ambos ou em um dos membros da relação de incompatibilidade intervem o princípio electivo, tal incompatibilidade toma então a denominação de *inelejitabilidade*.

Tendo feito referência a *inelejitabilidade relativa*, convém notar que, dividindo as inelejitabilidades em *absolutas* e *relativas*, a inelejitabilidade absoluta equivale a uma incapacidade em sentido restrito, visto que denota falta das condições que a lei considera indispensáveis para o indivíduo poder ser admitido a um determinado cargo de eleição; enquanto que a inelejitabilidade relativa resulta de alguma circunstância positiva, a qual produz no indivíduo, que aliás tem as condições jeraes de elejitabilidade, a impossibilidade legal de ser investido no cargo de eleição de que se trata (2). Assim, a falta de algum dos requisitos designados no artigo 8 do código administrativo importa inelejitabilidade absoluta; os números do § 1.º do referido artigo traduzem inelejitabilidades relativas. Da inelejitabilidade absoluta conhece-se ao tempo da organização ou revisão do recenseamento eleitoral, não podendo ser inscrito como elejitável o indivíduo affectado dela; a inelejitabilidade relativa verifica-se ao tempo da eleição, não podendo ser investido no cargo, se for eleito, o indivíduo nela incurso.

(1) Vej. *Cód. adm.* de 1842, ed. anot. de 1865, p. 418, not. 1.

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 8 e § 1.º, 15 § 1.º, 211, 223 n.º 3 e 325 n.º 4.

A incompatibilidade pode dar-se pela acumulação, na *mesma pessoa*, dos elementos que constituem a relação de incompatibilidade; ou pode surgir por virtude de relações especiais que se deem entre *pessoas diversas*, como no caso do parentesco em determinados graus (1).

As incompatibilidades também se distinguem em *absolutas* e *relativas*, considerando absolutas as que importam exclusão ou impossibilidade legal da nova designação (eleição ou nomeação), que forma o outro termo da incompatibilidade, e relativas as demais (2).

Alguns escritores entendem que as denominadas *incompatibilidades absolutas* não são propriamente incompatibilidades, visto que importam uma verdadeira e completa *exclusão* ou proibição, não dando mesmo o direito de opção ou renúncia, nem a presumindo.

Parece-nos que esta opinião desconhece a verdadeira natureza da incompatibilidade, que tanto abraça os casos de plena exclusão do cargo, como os de suspensão do seu exercício. O nosso código administrativo no artigo 14 dá *fôrça de verdadeiros casos de incompatibilidade* aos do § 1.º do artigo 8, os quais na referida opinião seriam casos de exclusão e não de incompatibilidade (3).

(1) Vej., para o segundo caso, *Cód. adm.*, art. 10.º e §§ e 112 n.º 1.

(2) Como exemplos de incompatibilidades absolutas podem apontar-se as inelegibilidades dos números do § 1.º do art. 8 do *Cód. adm.*, e como exemplos de incompatibilidades relativas os casos envolvidos no § ún. do art. 14.

(3) Em abono da opinião que seguimos podem invocar-se: — o art. 445 do código administrativo de 1895 (igual ao art. 394 do código administrativo de 1886), que só emprega o termo *incompatibilidade*, e os art. 15, 218 n.º 2 e 223 n.º 3 do código administrativo de 1896 (correspondentes no código de 1886 aos art. 14, 329 n.º 3 e 336 n.º 3), que empregam só o termo *exclusão* com referência tanto aos casos do art. 8 como dos artigos seguintes. Pode também invocar-se o projecto de código administrativo de 1880, comparando a sua redacção com a do código de 1886, pois que este no § 1.º do art. 7 não fala expressamente de *excepções* à regra do mesmo art. 7, como dizia aquele projecto, e nos art. 12, 14, 337 combinado com 288 n.º 4 (correspondentes aos art. 12, 14 e 332 n.º 2 do referido projecto) suprimiu o termo *inelegibilidade* do dito projecto ou o substituiu pelo termo genérico de *exclusão*.

O legislador de 1886 inclinou-se a considerar *incompatibilidades* os casos do § 1.º do art. 7 do código de 1886, indo assim de acôrdo com a interpretação dada pelo supremo tribunal

Temos pois que o termo *incapacidade* no sentido jeral inclui, além da incapacidade em sentido restrito ou próprio, também as *incompatibilidades*, compreendendo nestas as *inelejitibilidades relativas*; que a *inelejitibilidade absoluta* é uma incapacidade em sentido restrito ou próprio; que a *inelejitibilidade relativa* é uma incompatibilidade absoluta; que a *incompatibilidade absoluta* importa a exclusão de um cargo por mera disposição da lei, ou ainda por virtude da aceitação ou preferência de outro cargo, exclusão que, entrando na incompatibilidade um cargo electivo, pode dar-se ou ao tempo da eleição, avendo ou não para o eleito a possibilidade de ocupar êsse cargo electivo, ou depois de já estar investido nesse cargo, se se colocar em situação que produza a sua exclusão do cargo electivo; que a *incompatibilidade relativa* prende sómente com o exercicio dos cargos, não podendo o seu titular exercê-los simultâneamente, ou o titular de um cargo exercê-lo a par ou por causa de outro funcionário determinado.

79. — Efeitos das incompatibilidades.

Diversos são os efeitos das incompatibilidades.

Em uns casos o funcionário de um cargo, ou o individuo

administrativo ao art. 269 do código administrativo de 1878, ao qual corresponde aquele lugar do código de 1886. O citado art. 269 dizia abertamente: — «Não podem ser eleitos»...—, e todavia os decretos sôbre consulta do supremo tribunal administrativo de 14 de dezembro de 1881 (*D. G.*, n.º 16 de 1882) e de 17 de maio de 1882 (*D. G.*, n.º 166) declararam que os individuos que estivessem desempenhando os cargos enumerados no citado art. 269 podiam ser eleitos, logo que se achassem inscritos como elejitveis, mas que o exercicio de ambos os cargos é que era *incompativel*. O código de 1886 (§ 1.º do art. 7) melhorou a expressão do código de 1878, dizendo: — «Não podem ser vogais»...—; e os art. 288 n.º 4, 13, 14 § ún. e 320 do código de 1886 (a que correspondem os art. 325 n.º 4, 14, 15 § 1.º e 211 do código de 1896) conduzem à mesma interpretação, sem obstar a frase — *incapacidade* eleitoral — dos §§ 2.º e 3.º do citado art. 7 do código de 1886, que o código de 1896, art. 8 §§ 2.º e 3.º reproduziu, porque aí o termo *incapacidade* é tomado no sentido jeral, envolvendo as *inelejitibilidades relativas*, e estas não teem que ser apreciadas na organização do recenseamento, mas sim no tribunal administrativo (art. 14 do código de 1886 e art. 15 do código de 1896). Vej. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Código eleitoral*, ed. de 1896, p. 41, not. 1 e p. 187, not. 1; *O Direito*, t. XV, p. 73 e 376; *Rev. de leg.*, t. XIX, p. 193; *Rev. de dir. adm.*, t. I, p. 205, t. IX, p. 241; ac. da relação de Lisboa de 27 de maio de 1893, na *Gaz. da Rel.*, t. VII, p. 26.

em determinada circunstância, já não pode, por êsse facto, ser admitido a um officio público (1).

Em outros casos o funcionário, aceitando outro cargo, ou revestindo determinada circunstância, perde o cargo de que fala a incompatibilidade (2).

Em outros casos o funcionário pode ser admitido a outro cargo, mas é obrigado à opção por um com renúncia do outro, o que pode verificar-se por declaração expressa ou por presunção prevista na lei (3).

Em outros casos a incompatibilidade é apenas efectiva na divisão territorial em que o funcionário exerce as suas funções (4).

Emfim, em outros casos a incompatibilidade limita-se ao exercício simultâneo das funções, suspendendo-se o exercício das de um cargo enquanto se exercem as do outro (5).

De que as incompatibilidades devem ser interpretadas restrictivamente se tem concluído que elas não produzem effeito, enquanto não forem reconhecidas ou confessadas ou competentemente julgadas; e que, ainda depois de julgada a incompatibilidade, o funcionário incumbido de dois cargos tem o direito de opção. Esta doutrina é seguida entre nós no já citado decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo de 25 de outubro de 1882 (6). Ela levou PERDIGÃO (7) a dizer que os actos praticados no exercício simultâneo das respecti-

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 8 § 1.º, 10 § 4.º, 112 e 298.

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 14; *Dec. eleit.* de 8 de agosto de 1901, art. 9.

(3) Vej. *Cód. adm.*, art. 9 e § ún., 11, 118 § ún. e 318; *Dec. eleit.*, art. 6 e 7.

(4) Vej. *Dec. eleit.*, art. 5.

(5) Vej. *Cart. const.*, art. 31 (e art. 33 e *Act. ad.* de 1852, art. 3); *Cód. adm.*, art. 10 § 2.º e 14 § ún. Quando, nesta hipótese, a incompatibilidade se dá entre as funções de um cargo de que o funcionário é efectivo e as funções de outro de que é substituto, elle deverá, segundo a portaria de 12 de novembro de 1872, deixar de exercer as dêste, porque «se não permite largar a effectividade de um cargo para exercer a substituição de outro»; mas a doutrina desta portaria não é de um rigor absoluto. Vej. *Cód. adm.*, art. 8 § 2.º e 14 § ún.; PERDIGÃO, *obr. cit.*, t. I, p. 364.

(6) *D. G.*, n.º 8 de 1883, *Col. of. de leg.*, 1882, p. 599.

(7) *Obr. cit.*, t. I, p. 365, n.º 14.

vas funções antes do julgamento ou da confissão da incompatibilidade são válidos e produzem todos os seus efeitos de direito; mas esta ilação pode em alguns casos suscitar dúvidas, principalmente quando as incompatibilidades estiverem expressamente declaradas na lei e os actos praticados forem revestidos de circunstâncias, que mostrem que o agente conhecia a incompatibilidade, embora a não confessasse.

Em relação aos vogais dos corpos administrativos entre nós, o código administrativo no artigo 22 dispõe que os mesmos corpos podem conhecer das incompatibilidades que motivam a perda do lugar de vogal, enquanto não é declarada pelo tribunal competente (1). De harmonia com este preceito deve pelo menos restringir-se a conclusão que PERDIGÃO deduziu do referido decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo de 25 de outubro de 1882.

CAPÍTULO III

Deveres, responsabilidades e direitos dos funcionários

SECÇÃO I

Deveres dos funcionários

80. — Delimitação do assunto : — deveres jerais.

Em uma expressão jeral e sintética diz ORLANDO (2) : — os deveres do empregado reduzem-se ao exacto e fiel cumprimento do cargo que desempenha.

(1) Esta disposição constitui um útil aditamento ao artigo correspondente do código administrativo de 1886, que foi introduzido no código de 1895 (art. 22) e dele passou para o de 1896. Confr. cit. art. 22 do código de 1895 com o art. 22 do código de 1886.

(2) Cit. *Princ. de dir. adm.*, p. 101.

Os deveres do funcionário dividem-se em *gerais*, — exijências providas de toda a função pública —, e *particulares* ou *técnicos*, — exijências resultantes da índole especial do ofício que se considera. Fácil é de ver que neste lugar só tratamos dos deveres *gerais*, tendo especialmente em vista o nosso país.

§ 1.º

Deveres inerentes à designação para o cargo

81. — Juramento.

a) Obrigação do juramento e sua fórmula.

O primeiro dever do funcionário é o dever da *fidelidade e obediência* às instituições e às leis. Se êste dever se pode considerar comum a todos os cidadãos, sujeitando a lei a graves penas todo o que pega em armas contra a sua pátria (1); para o funcionário público êsse dever assume uma gravidade especial. Por isso se pode dizer que em quasi todas as legislações se tem exijido dos funcionários, antes de entrarem no exercício dos respectivos cargos, o *juramento político*.

Designado pois o funcionário por qualquer dos modos de que já tratámos, e seja qual for a natureza, o objecto, ou a duração do ofício público, seja civil ou militar, retribuido ou gratuito, voluntário ou obrigatório, temporário ou vitalício, — o primeiro dever dêsse funcionário é o *juramento*.

O juramento corresponde, em jeral, a uma afirmação, que se faz, sob a invocação da divindade.

O juramento é obrigatório para todo o funcionário, seja *efectivo*, *substituto*, ou mesmo *interino*. Os substitutos natos teem-o prestado ao entrarem no exercício do ofício a que está anexa a substituição nata de outro cargo (2).

(1) Vej. *Cód. pen.*, art. 141 e s.

(2) Vej. *Rev. de leg.*, t. XXVII, p. 81. A todavia funções públicas, de natureza transitória, que não obrigam à prestação de juramento por quem as desempenha; tais são as que diversos cidadãos realizam nas eleições. As leis que impõem aos funcionários a obrigação do juramento não teem em vista estas funções de natureza transitória.

A diversidade de categorias de funcionários importa por vezes distinção de fórmulas de juramento, que as leis respectivamente exaram. Assim entre nós, encontramos na carta constitucional os artigos 76, 79, 97, 109, que estabelecem fórmulas especiais de juramento para o rei, o erdeiro presuntivo, o rejente ou a rejência e os conselheiros de estado; nos rejimentos das câmaras dos pares e dos deputados veem as fórmulas dos respectivos juramentos (1); á outras fórmulas especiais em diversas leis. Referir-nos-emos porém especialmente ao decreto de 5 de março de 1856, segundo o qual, nenhum funcionário poderá ser admitido à posse e exercício de qualquer cargo público, sem aver préviamente prestado juramento nas mãos da autoridade que, para êste acto, se achar competentemente constituída. e segundo também o qual a fórmula jeral do juramento é: — Juro guardar e fazer guardar a carta constitucional da monarquia, ser fiel ao rei reinante, cumprir as leis e bem desempenhar as funções do meu cargo — (2). O referido decreto veio modificar na parte regulamentar o artigo 222 do código administrativo de 31 de dezembro de 1836.

Quanto aos vogais dos corpos administrativos os termos do juramento encontram-se no artigo 16 do código administrativo.

O juramento é exigido, sejam quais forem as opiniões políticas do funcionário (3).

O juramento de que aqui nos occupamos é o juramento político; êste juramento todavia em alguns casos reveste conjuntamente o carácter de juramento religioso (4).

b) Efeitos da sua recusa.

Como o juramento é preliminar indispensável para o exercício de um cargo público, do facto de não ser prestado deri-

(1) Vej. *Cart. const.*, art. 21.

(2) Cit. decreto de 5 de março de 1856, art. 1 e 2.

(3) Portaria de 21 de junho de 1837.

(4) Vej. os artigos referidos da *Cart. const.*

vam efeitos legais, dos quais alguns veem exarados no referido decreto de 1856.

Se o funcionário recusar prestar o juramento da lei, entende-se que renuncia o cargo para que se achar nomeado ou que já estiver exercendo (1). Nem podem ser admitidos ao exercício de funções públicas os que se recusarem a prestar juramento (2).

Acabamos de ver que a recusa do juramento importa renúncia do cargo; mas na recusa do cargo á que distinguir entre os funcionários electivos e os de nomeação. A recusa do cargo por o funcionário electivo importa um acto de desobediência, que o código penal no artigo 305 pune com a multa de dez a cem mil réis e suspensão dos direitos políticos por dois anos, se o funcionário não ouver requerido a sua escusa por motivo legal, ou ela for desatendida (3). O código administrativo no artigo 396 repete, em relação aos vogais eleitos dos corpos administrativos, a disposição do código penal. O decreto eleitoral de 8 de agosto de 1901 no artigo 103 permite todavia ao deputado eleito renunciar livremente o seu lugar de deputado, antes de tomar assento na câmara.

Nem no referido decreto de 5 de março de 1856, nem no citado lugar do código penal se faz referência expressa a funções obrigatórias de cargo não electivo, ou que a lei estabeleça como dependência de outro cargo. São exemplos dêstes dois casos o cargo de rejedor (4), e a hipótese prevista no código administrativo, artigo 273 § 1.º, quanto ao presidente da câmara municipal. Os dois casos podem ver-se comprehendidos na disposição do artigo 397 do código administrativo, incluindo nele a designação da lei, embora ligada ao facto da eleição.

A falta de juramento não importa a nulidade da nomeação,

(1) Cit. decreto de 5 de março de 1856, art. 4.

(2) Portaria de 21 de junho de 1837, cit. decreto de 5 de março de 1856, portaria de 16 de janeiro de 1882.

(3) Vej. *Cód. pén.*, art. 327.

(4) Vej. *Cód. adm.*, art. 296.

nem a dos actos do nomeado, nem justifica a demissão dêste, quando se não prove formal recusa ao juramento depois de intimado para prestá-lo (1).

O exercício de funções antes da prestação do juramento, sendo voluntária esta omissão, constitui o crime de ilegal antecipação de funções públicas, punível com multa de dois a dez mil réis (2).

c) Juramento pessoal e juramento por procuração.

Em jeral, é pessoal a prestação do juramento; além do disposto no citado decreto de 1856, ainda vemos no código administrativo o artigo 445 em relação aos empregados de que fala o artigo 440. À excepções, mas tem de ser expressas na lei. Destas temos exemplos nos artigos 246, 274 e 301 do código administrativo, nos quais se permite a prestação do juramento por procuração em relação aos majistrados administrativos, quer efectivos, quer substitutos.

d) Tomada do juramento.

O referido decreto de 1856 diz que o juramento é prestado nas mãos da autoridade que, para êste acto, se achar competentemente constituída (3). A designação deverá portanto ser feita nos diversos diplomas legais (4).

Pode todavia qualquer diploma organizador de um serviço público, que importe designação de funcionários, não determinar a autoridade competente para lhes tomar o juramento. Em tal caso, tem de recorrer-se a disposições de carácter jeral, e tais são as do artigo 250 n.º 13 e do artigo 277 n.º 23 do código administrativo, nas quais também se diz que o juramento pode ser deferido por ajente delegado.

(1) Decretos sôbre consulta do supremo tribunal administrativo de 31 de janeiro de 1877 e de 13 de fevereiro de 1884.

(2) *Cód. pen.*, art. 306. Os actos praticados em tais condições devem ser tidos como nulos, diz PERDIGÃO (obr. cit., t. I, p. 420, n.º 2), por argumento das ordenações do reino, liv. I, tit. 2.º, § 15.º; mas não é isenta de dificuldades práticas tal opinião, e é até inexequível em alguns casos.

(3) Cit. decreto de 1856, art. 1.

(4) Vej. *Cart. const.*, art. 15 § 1.º, 76, 79, 97, 109; *Cód. adm.*, art. 16 e §§, 246, 274, 301, 264, 290, 306.

e) *Prazo para o juramento.*

Não dizendo a lei dentro de que prazo deverá ser prestado o juramento, teremos de recorrer ao elemento da *posse*, visto que esta precede o exercício do cargo e o decreto citado de 1856 diz no artigo 1 que nenhum funcionário será admitido à *posse* e exercício do cargo sem prévio juramento. O prazo pois do juramento será calculado pelo da *posse*, visto que esta segue àquele.

Do juramento lavra-se termo em livro apropriado (1).

82. — Posse.

A *posse* é a investidura no cargo.

Se o juramento pode em certos casos, como já vimos, ser prestado por procuração, outro tanto se não dá, segundo a lei, com a tomada de *posse*: esta é *pessoal*. Isto deriva do disposto nos artigos 362 e §§ e 363 do código administrativo.

O prazo para a *posse* pode ser diverso, segundo a lei, ou ainda variar, em virtude de determinação ou concessão superior, conforme se acha determinado no citado artigo 362 e seus §§ do código administrativo.

A comunicação do despacho importa a designação do princípio do prazo (2). Esta comunicação considera-se feita pela publicação do despacho na folha oficial (3), quando êsse despacho provenha do govêrno (4); a apresentação da folha oficial, que insere a notícia do despacho, equivale à apresentação do documento da nomeação, para o efeito da *posse*. Os despachos não providos do govêrno ou os acórdãos de nomeação serão comunicados nos termos do artigo 441 do código administrativo.

(1) Cit. decreto de 1856, art. 1 § ún. Sobre juramento vej. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, § 179; *Cód. do proc. civ.*, art. 271 § 1.º; *O Dir.*, t. VI, p. 585; *Rev. de leg.*, t. XI, p. 145; t. XXVII, p. 81 e 257.

(2) *Cód. adm.*, art. 362.

(3) *Diário do Governo*.

(4) *Cód. adm.*, art. 362 § 4.º

Só pela posse é que se torna efectiva a qualidade de funcionário ou empregado público; por isso se tem entendido que podem ser declaradas sem efeito as nomeações, emquanto os nomeados não forem investidos na posse dos respectivos cargos (1).

A posse pode ser conferida pela mesma pessoa que defere o juramento e pode não o ser, visto que a posse se verifica na séde do exercício do cargo e nem sempre aí funciona a entidade competente para deferir o juramento. Para exemplo, basta referir os já citados artigos 246, 274 e 301 do código administrativo, quanto aos magistrados administrativos.

Segundo o artigo 250 n.º 12 do código administrativo, o governador civil pode dar ou *mandar dar* posse aos magistrados e funcionários que estão debaixo da sua administração; pelo artigo 277 n.º 23 o administrador do concelho *faz dar* posse aos empregados públicos do concelho. Vê-se destes lugares que a posse dos cargos de que aí se trata pode ser dada por comissão.

Da posse derivam efeitos importantes.

Já vimos que é pela posse que o nomeado torna efectiva a sua qualidade de funcionário público.

É desde a posse que começa a contar-se o serviço dos funcionários administrativos (2).

É desde a posse que os funcionários administrativos teem direito aos respectivos vencimentos (3); devendo todavia aqui distinguir da primeira posse aquella que o funcionário pode tomar em caso de acesso, promoção ou transferência, pois que em tais casos o funcionário tem direito ao novo vencimento desde a data do despacho, nos termos do § único do artigo 368 do código administrativo e salva a restrição aí contida (4).

(1) Decreto sôbre consulta do supremo tribunal administrativo de 10 de maio de 1894; D. G., n.º 132. Vej. officio da direcção jeral de administração politica e civil de 28 de março de 1893 e *Rev. de leg.*, t. XXVI, p. 259.

(2) *Cód. adm.*, art. 363.

(3) *Cód. adm.*, art. 368.

(4) O preceito jeral do art. 368 do código administrativo sofre outras modificações, dadas

É desde a posse que se conta o tempo para a aposentação, visto que esta tem como elemento normal a prestação do serviço, e este, como vimos, conta-se desde a posse (1).

Conquanto a posse seja requisito essencial para aver direito aos vencimentos, não basta todavia a posse para os autorizar; é preciso também o exercício efectivo do cargo (2). Os casos de excepção devem ser expressamente declarados (3).

Não avendo exercício de um cargo sem a respectiva posse (4), surjem a respeito da falta ou recusa da tomada de posse considerações semelhantes às feitas para iguais factos em relação ao juramento. Assim, equivalendo aquella recusa à recusa ao exercício de funções, será também o artigo 397 do código administrativo applicável ou não, conforme se tratar ou não de um cargo obrigatório.

83. — Imposições fiscaes.

Estas imposições só respeitam a cargos retribuídos; os respectivos funcionários ficam pelo acto da posse sujeitos ao pagamento de diversos impostos, avendo embora algumas excepções. Dêmos uns ligeiros traços do que se passa entre nós a este respeito (5).

A) *Direitos de mercê.*

Este imposto existe entre nós desde o decreto de 31 de dezembro de 1836, vindo substituir o que se cobrava com o titulo de novos e velhos direitos, e o seu actual diploma regulador é o regulamento de 16 de agosto de 1898 (6).

certas circunstâncias, como se vê dos art. 367, 364 a 366 e 369; e nem ainda estes artigos previnem todas as hipóteses que se podem dar, tendo de recorrer-se a outras disposições.

(1) *Cód. adm.*, art. 379 e s.

(2) *Cód. adm.*, art. 365; portaria de 17 de dezembro de 1845.

(3) *Veja. Cód. adm.*, art. 364 a 367.

(4) *Cód. adm.*, art. 363.

(5) Tratamos de cargos públicos e não de mercês honoríficas, se bem que também estas estejam sujeitas ao pagamento dos impostos de que aqui falamos.

(6) O código administrativo nos art. 440 a 444 refere-se a este imposto.

Todo o empregado, com excepção dos governadores civis, patriarca, arcebispos e bispos das dioceses do reino e professores de instrução primária, e excluídas ainda algumas mercês pecuniárias especiais, paga direitos de mercê (1).

A isenção concedida aos governadores civis tem já um antecedente histórico no referido decreto de 31 de dezembro de 1836, o qual isentava de tais direitos os administradores jeraes, majistrados substituídos pelos governadores civis (2).

Não aproveita aos administradores de concelho semelhante isenção, porque, sendo a referida dispensa uma excepção ao preceito jeral, é de restrita applicação (3).

Não só os funcionários efectivos, mas também os substitutos e até mesmo os interinos são obrigados aos direitos de mercê (4).

Os empregados das misericórdias e ospitais que não pertençam ao estado não são considerados empregados públicos e não estão sujeitos ao pagamento dos direitos de mercê pelos seus empregos (5).

B) Emolumentos de secretaria.

Nos empregos do estado á a pagar também os denominados emolumentos das secretarias de estado por onde são feitas as nomeações (6). Estes emolumentos constituem receita do estado (7).

Nos empregos de nomeação das câmaras municipais igualmente se pagam emolumentos da respectiva secretaria, nos termos da tabela de emolumentos administrativos de 23 de agosto de 1887 no capítulo 2.º, verba 11.

(1) Cit. regulamento de 16 de agosto de 1898, art. 1 e 2.

(2) Vej. portarias de 13 de fevereiro de 1838 e de 4 de novembro de 1840.

(3) Portaria de 8 de novembro de 1852.

(4) Portarias de 23 de outubro de 1861 e de 19 de agosto de 1864. Vej. PERDIGÃO, obr. cit., t. I, p. 77, n.º 8.

(5) Vej. o decreto sôbre consulta-do supremo tribunal administrativo de 26 de agosto de 1885 (*D. G.*, n.º 287) e *Rev. de leg.*, t. XXXII, p. 56.

(6) Lei de 16 de abril de 1867 e tabela anecsa

(7) Cit. lei, art. 2.

Pelos títulos de nomeações da competência dos magistrados administrativos e das juntas de paróquia não á que pagar emolumentos, pois que na citada tabela, na parte respectiva áqueles magistrados e juntas de paróquia, não á disposição que a tal obrigue(1). Estão neste caso as nomeações de administrador de concelho interino, de rejedor efectivo, substituto ou interino, e as de tesoureiro e secretário da junta de paróquia.

C) Imposto do sêlo.

Também os diplomas de nomeação estão sujeitos ao imposto do sêlo, e tanto em relação aos empregados cuja nomeação é da competência do governo (2), como em relação aos de nomeação dos magistrados administrativos, dos corpos e das corporações administrativas (3).

84. — Encarte e rejisto do diploma.

Os empregados públicos, ou sejam do estado ou das circunscrições administrativas, desde que pelos seus empregos estejam obrigados ao pagamento de direitos de mercê, são também obrigados ao encarte.

O encarte significa a obtenção do diploma que corresponde á nomeação e que é entregue ao nomeado para seu título e garantia.

Os diplomas de encarte não são todavia expedidos ou entregues aos nomeados, sem que estes tenham pago os direitos de mercê ou sido autorizados a pagá-los em prestações (4), e sem que igualmente tenham satisfeito os emolumentos de secretaria e o imposto do sêlo ou obtido também o pagá-los

(1) Vej. *Rev. de leg.*, t. XXI, pag. 213, quanto ás nomeações da competência dos magistrados administrativos.

(2) A lei de 24 de maio de 1902 e seu regulamento de 9 de agosto de 1902 são os últimos diplomas que rejem este assunto, podendo ver-se a tabela que faz parte da lei, na denominação de *diplomas*, e o regulamento nos art. 119 e s.

(3) *Cód. adm.*, art. 443 § 1.º

(4) *Ci.* regulamento de 16 de agosto de 1898, art. 7.

em prestações(1). É por isso que nos próprios diplomas se tem de declarar que o empregado satisfaz ou foi autorizado a satisfazer em prestações, se isso lhe for permitido, os impostos de que acabamos de falar; sem tal declaração o diploma não é válido.

O processo e expedição dos diplomas de encarte dos empregos públicos acha-se regulado pelas instruções que fazem parte da portaria de 6 de dezembro de 1882 (2).

Logo que os direitos de mercê, emolumentos e sêlo estejam pagos, passar-se-á a respectiva quitação no próprio diploma; por tais quitações também se paga emolumento, que é recolhido pelo estado, como receita eventual, e pago por meio de guia antes de assinada a quitação (3).

Também, semelhantemente, por meio de guia é pago o imposto do sêlo, quanto aos empregos em que êste tem de ser pago de pronto, não sendo o diploma assinado sem o prévio pagamento pela forma dita (4).

Para o encarte á um prazo legal, quatro meses (5). Mas a falta de encarte, quando proveniente de demora nas repartições públicas, não prejudica os interessados (6).

Emfim os diplomas de empregos do estado devem ser *rejistados* na Torre do Tombo; e por isto se paga também emolumento (7).

Convém que na secretaria respectiva ao exercício do em-

(1) Lei de 17 de abril de 1886, decreto de 9 de setembro de 1886, cit. regulamento de 23 de dezembro de 1899, art. 120 e s.

(2) Cit. portaria, art. 2. Vej. regulamento de 28 de agosto de 1860, art. 18; *Rev. de leg.*, t. XXVIII, p. 375.

Embora seja de comissão, o lugar de governador civil não está isento de diploma de encarte. Vej. portaria de 8 de novembro de 1852.

(3) Cit. regulamento de 28 de agosto de 1860, art. 20, e cit. portaria de 6 de dezembro de 1882, art. 4.

(4) Regulamento de 26 de novembro de 1885, art. 11, e *Cód. adm.*, art. 443 § 1.º

(5) Cit. regulamento de 16 de agosto de 1898, art. 39, e *Cód. adm.*, art. 441 e 444.

(6) Decreto sobre consulta do conselho de estado de 22 de setembro de 1866 (*D. L.*, n.º 256, de 10 de novembro).

(7) Decreto n.º 1 de 24 de dezembro de 1901, art. 1. Vej. lei de 25 de agosto de 1887.

prêgo seja rejistado o diploma, como acto de boa ordem de serviço na mesma secretaria.

§ 2.º

Deveres inerentes ao exercício do cargo

85. — Serviço pessoal e delegação de funções.

Depois de constituídos, devem os funcionários ser considerados em relação ao exercício do cargo.

O funcionário deve exercer pessoalmente o seu cargo, e não por interposta pessoa, em quem delegue por seu alvedrio o exercício das respectivas funções(1).

Pode ter-se como princípio fundamental que — a nenhuma autoridade é permitido declinar de si a jurisdição que a lei lhe atribui, nem exercê-la em termos diferentes dos que nela se prescrevem(2). Outro princípio se pode acrescentar, e é que — nenhuma autoridade pode delegar as faculdades, que a lei lhe confia como atributos do cargo(3).

A estes princípios jerais á só as excepções que a lei expressamente permite; êsses casos porém de excepção devem ser entendidos restritamente e não ampliados além dos seus termos. Pode aqui invocar-se a regra de ermenêutica jurídica, firmada no artigo 11 do código civil: — «A lei que faz excepção às regras jerais não pode ser aplicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei».

Se a um mesmo funcionário, além das atribuições características do seu cargo, a lei incumbe algumas funções de natureza especial, para que lhe dá também substituto próprio, não poderá êle delegar essas funções, competindo a êste substituto o desempenhá-las(4).

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 362 a 364.

(2) Decreto sobre consulta do conselho de estado de 4 de janeiro de 1869.

(3) Portaria de 10 de março de 1863 e outras.

(4) Vej. *O Direito*, t. XXXIV, p. 231.

Quando aqui falamos de delegação, não nos referimos ao princípio jeral da *representação*, nem ao caso da lei declarar um funcionário *delegado* doutro (1), representação ou delegação que traduz uma condição intrínseca das respectivas funções; mas sim aos casos expressos em que ao funcionário é permitida a delegação de atribuições da sua competência.

Pode com efeito a lei permitir a delegação, como em determinados casos pode impor a substituição; mas uma ou outra são obra da lei e não do arbítrio do funcionário: a lei designará em que casos e em que termos uma ou outra se poderá fazer ou se fará (2).

A obrigação do exercício pessoal pressupõe a permanência no serviço; a lei todavia admite a ausência do serviço, mas fundamentada. Desta falaremos oportunamente.

86. — Residência; visita à circunscrição.

A) A idea do serviço pessoal mostra a necessidade da *residência* do funcionário no local em que o cargo é exercido ou onde está a repartição em que serve. Esta obrigação deriva pois naturalmente dos artigos 362 a 364 do código administrativo.

As portarias de 25 de outubro de 1865 e de 29 de março de 1870 assentam na regra indicada.

Deve porém entender-se que, se a lei não exige expressamente essa residência, ela será ou não obrigatória, conforme seja ou não incompatível com o exercício do cargo a residência fora daquele local. Deve ainda atender-se a que pode a lei estabelecer um domicílio oficial, que a diversa residência não destrói, para os efeitos atribuídos por essa lei àquele domicílio (3).

(1) Vej., por ex., *Cód. adm.*, art. 243, 269 e 291.

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 245 e § un. e 260 n.º 6, 250 n.º 12 e 13, 273 § 1.º, 277 n.º 6, 302 n.º 7, 305 § 4.º, 435 e § ún.; *Dec. eleit.* cit., art. 54 § 4.º e art. 50 § 2.º Vej. p. 232.

(3) Vej. *Dec. eleit.* cit., art. 15 e § 2.º

B) Sempre que um funcionário está à testa de uma determinada circunscrição, ocorre-lhe naturalmente o dever de a visitar, para assim poder bem conhecer do seu estado no que respeita aos serviços dependentes da sua direcção. Relativamente ao governador civil, o código administrativo no artigo 265 expressamente determina essa visita, *quando fôr necessário*. O código de 1836 no § 2.º do art. 110, o de 1842 no art. 233 e o de 1878 no art. 187 impunham ao administrador geral ou governador civil a visita *anual*. A portaria-circular de 24 de fevereiro de 1848 indicou os termos em que devia efectuar-se a visita do governador civil⁽¹⁾. Por tais visitas o governador civil não tem direito a qualquer gratificação, nem a ajuda de custo para despesas, porque nenhuma lei as estabelece ou autoriza⁽²⁾.

87. — Obediência ao superior jerárquico.

A obediência às ordens legítimas do superior é um dever disciplinar que deriva do princípio da subordinação jerárquica. Este dever impende sobre todo o funcionário público, com excepção do chefe de estado, o qual não tem superior jerárquico. Sem a obediência do inferior ao superior ficariam prejudicadas a unidade orgânica da jerarquia administrativa e a coordenação da acção dirigente do estado nos diversos campos da sua actividade.

Mas a obediência não pode ser inteiramente passiva e ilimitada: ela adstrinje-se ao cumprimento das obrigações próprias de cada officio, não devendo o superior exigir do inferior a execução de qualquer ordem estranha às funções dêsse inferior, ou que envolva inobservância dos preceitos jeraes das leis, ou que seja contrária aos bons costumes.

(1) O que se diz na referida portaria é ainda actualmente accitável, feita todavia a differença entre a visita annual obrigatória de então, e a visita, *quando necessária*, que oje o código administrativo estatui.

(2) Portaria de 7 de novembro de 1837 (Braga), citada na edição anotada de 1865 do código administrativo de 1842, p. 250, not. 4 ao art. 233. Vej. *Rev. de leg.*, t. XXVI, p. 497.

Surjem porém as controvérsias na determinação dos limites do dever da obediência, visto que, se responsabilidade provém de uma desobediência ilegítima, ela pode também advir de uma ilegítima obediência.

A quem pertence decidir se a ordem dada é legítima ou ilegítima? Deixar a resolução ao superior, que deu a ordem, seria tornar o inferior instrumento cego da vontade daquele; entregar, pelo contrário, ao inferior a apreciação da legitimidade ou ilegitimidade da ordem recebida, seria isso a quebra do laço da obediência.

Os escritores começam por distinguir entre funcionários civis e militares, aceitando para a disciplina militar a obediência imediata e sem discussão ou obediência pronta e passiva, quando a ordem é dada no uso de atribuições legítimas relativas ao serviço. E assim é que as leis militares punem como crime ou como infracção de disciplina a recusa ou inexecução da ordem legítima ou a desobediência (1).

Mas, se ainda mesmo no regime militar o dever da obediência não é ilimitado, maior razão á para aceitar limitações a êsse dever na ordem civil, não podendo admitir-se, quanto a esta, a escola que, por temer que em caso contrário a administração cáia na anarquia, sustenta o carácter absoluto da obediência e segue que o inferior deve executar a ordem, cabendo ao superior a responsabilidade. Com efeito, a jerarquia não supõe o aniquilamento da vontade e capacidade do inferior, transformando-o em mero instrumento mecânico; acima do inferior e do superior está a lei, que a todos cumpre observar, não devendo prevalecer a ordem que a contraria.

A doutrina, que distingue entre a *ilegalidade manifesta* e a

(1) Vej., entre nós, *Cód. de just. militar*, aprovado por lei de 13 de maio de 1896, art. 69, 82 e 84; regulamento disciplinar do exército de 12 de novembro de 1896, art. 2 a 6; *Cód. de just. da armada*, aprovado por lei de 1 de setembro de 1899, art. 74, 83 e 92, e regulamento disciplinar da armada de 30 de novembro de 1899, art. 1.

ilegalidade duvidosa, impondo a obediência só no segundo caso, é inaceitável, porque um acto ou é ilegal, ou não o é.

ORLANDO, reconhecendo que para desobedecer à ordem ilegal é necessário que o inferior tenha a faculdade de apreciar e julgar essa ilegalidade, distingue entre o acto que entra e o que não entra na esfera da competência do inferior, entendendo que só na primeira hipótese o inferior tem a faculdade de apreciar a ilegalidade da ordem e deixar de obedecer-lhe (1). Mas este critério de ORLANDO levaria ao absurdo de que o inferior obedeceria cegamente ao superior exactamente nos casos estranhos às atribuições do seu cargo, quando em tais casos ampla deve ser a faculdade de o inferior se recusar, sempre que entenda que a ordem é ilegal ou se dirige a fins criminosos ou imorais (2). Com efeito, a obediência só deve referir-se às ordens conexas com o próprio cargo; fora do officio não á superior nem inferior jerárquico (3).

O funcionário, seja civil ou militar, sempre que, segundo a sua consciência, entenda não dever obedecer à ordem do seu superior jerárquico, por a julgar ilegal ou imoral, procede sob sua responsabilidade.

Mas ainda aqui é bom distinguir entre a ordem dada sem as formalidades ou os requisitos estabelecidos em lei ou regulamento e a ordem dada regularmente, isto é, com as formalidades especiais, que a lei exige, ou com as formalidades ordinárias, se a lei as não exige especiais. Se a ordem é dada com inobservância das formalidades legais, o funcionário não é obrigado a obedecer.

Suponhamos porém que a ordem, conquanto contrária às leis ou imoral, traz os requisitos ou formalidades regulamentares: como resolver?

(1) Cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 106, n.º 169.

(2) Vej. GRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, no cit. *Primo tratt.* t. I, p. 365, not. 3.

(3) Vej. POSADA, cit. *Der. adm.*, t. I, p. 342, citando ORLANDO.

Na Inglaterra a ordem dada contra a constituição é nula; quem a executa é responsável. Na França o inferior deve obedecer; a responsabilidade é do superior. Na Alemanha parece que o inferior não pode desobedecer, mas pode e deve fazer observações sobre a ilegalidade da ordem.

Em Portugal a doutrina legal deriva do artigo 435 do código administrativo e do artigo 298 do código penal (1). O artigo 435 do código administrativo não é talvez suficientemente explícito, quanto à relação de superioridade e inferioridade de diferentes entidades administrativas nas suas relações oficiais (2).

A doutrina a que se deve chegar é que a hierarquia só compreende os agentes adstritos à mesma especialidade de serviços, e que as ordens dos superiores só dentro dela obrigam aos inferiores (3).

Esta doutrina concorda com a disposição do artigo 328 do código administrativo, segundo a qual as ordens dos tribunais administrativos dirigidas às autoridades e repartições subordinadas ao governador civil dependem do *visto* deste magistrado. E embora a portaria de 16 de dezembro de 1886 parecesse dispensar do *visto* do governador civil as diligências que, nos termos do regulamento de 12 de agosto 1886 (4), são pelos tribunais administrativos cometidas aos administradores de

(1) Quanto aos efeitos penais, vej. *Cód. pen.*, art. 298, 303 e §§, 304, 39 circunstâncias 12.^a e 16.^a, 41 circ. 2.^a e 44 n.º 3.

(2) No vigor do código administrativo de 1886, sobre o art. 393 (a que corresponde o art. 435 do código de 1896), discutiu-se se o administrador do concelho era magistrado subordinado ao tribunal administrativo distrital, podendo este dirigir-lhe advertências, ou mesmo usar do direito de delegação concedido no § único do mesmo artigo: levantara-se divergência entre o tribunal administrativo de Faro e o administrador do concelho de Olhão, supondo-se o tribunal autorizado a advertir o administrador nos termos e para os efeitos do cit. art. 393, e repellido por seu lado o administrador a qualidade de empregado subalterno do tribunal, apesar de satisfazer a diligência que por este lhe fôra incumbida; esta divergência motivou a portaria de 9 de outubro de 1887 (*Col. of. de leg.*, p. 528, a qual declarou que aos tribunais administrativos não é lícito fazer advertências aos administradores de concelho, competindo aos governadores civis providenciar acerca da falta de cumprimento das diligências devidamente ordenadas por aqueles tribunais.

(3) Vej. PERDIGÃO, *obr. cit.*, t. I, p. 421, n.º 5.

(4) Cit. regulamento, art. 10 § 2.º e art. 11 § 1.º

concelho, depois a portaria de 28 de novembro de 1887, esclarecendo melhor o assunto, declarou que as ordens dos tribunais administrativos, cometendo tais diligências, não devem executar-se sem que sejam visadas pelos governadores civis.

O código administrativo no citado artigo 435 permite ao inferior a respeitosa representação. Teve por certo o legislador em vista que no espírito do inferior pode entrar a dúvida acêrca da legalidade da decisão ou ordem, ou mesmo, tendo-a embora por legal, entender conveniente que seja modificada, etc. Feita a representação, o inferior sómente incorre na pena de desobediência, quando, depois de insistência do superior, não cumprir a decisão ou ordem legal. Esta pena de desobediência é regulada no código penal (1), e é a de suspensão ou a de demissão, segundo as circunstâncias.

Do artigo 298 do referido código penal vê-se que a responsabilidade do inferior pela execução das ordens recebidas do superior, e por êste dadas *em forma legal e em matéria da sua competência*, fica inteiramente coberta pela responsabilidade do superior de quem a ordem emanou.

O artigo 435 do código administrativo diz — *decisões e ordens legais* —. Até onde poderá ir o inferior? Diz PERDIGÃO que — a conveniência ou inconveniência da ordem, como o bom ou mau uso que a autoridade, de quem ela dimana, fez da jurisdição que para isso tinha, nem podem ser apreciadas pela autoridade inferior, nem invocadas como motivo para relevar da responsabilidade pela inexecução; mas que, se a ordem for dada sem observância da forma legal, ou sobre matéria manifestamente alheia à jurisdição e competência da autoridade, que a deu, a recusa da autoridade inferior a executá-la não importa para ela responsabilidade alguma (2).

(1) Vej. *Cód. pen.*, art. 303 §§ 1.º e 2.º

(2) PERDIGÃO, obr. cit., t. I, p. 421, n.º 5. Êste escritor cita em abono da sua opinião os acórdãos do supr. trib. de just. de 27 de outubro de 1848 e 10 de janeiro de 1851, e a consulta a secção administrativa do cons. de est. de 24 de novembro de 1854.

Para que a ordem do superior não ficasse sem execução, por não ser satisfeita pelo inferior, dispôs o código administrativo no final do artigo 435 e seu § único, permitindo a delegação especial, — sem prejuízo, é claro, da pena de desobediência em que o inferior possa incorrer, nos termos já ditos.

O referido § único do artigo 435, aliás pouco explicito quando comparado com a disposição do artigo, é uma inovação que parece perigosa para os direitos e regalias dos corpos e corporações administrativas, pelo arbítrio que dá ao governador civil (1).

83. — Inteligência e zêlo.

O funcionário deve desempenhar as suas funções, empregando nisso as suas fôrças intellectuais e a sua actividade física, por forma a bem preencher o fim que se tem em vista; e tanto em caso de cargo estipendiado, como de cargo gratuito. O ordenado ou vencimento não é elemento essencial do cargo público, é sim elemento accidental, que não modifica os **deveres do funcionário**, quanto ao cumprimento inteligente e zeloso das suas atribuições.

Dêste dever deriva em jeral a conveniência da não acumulação de cargos públicos na mesma pessoa, ou ainda de cargos públicos com diversas profissões sociais. Já, ao tratar das incompatibilidades, vimos que pode ser causa de incompatibilidade qualquer das duas referidas acumulações (2). A primeira forma desta incompatibilidade, acumulação de cargos públicos, é mais manifesta, sobretudo em determinados cargos, que demandam uma constante aplicação intellectual e mesmo física da parte do funcionário; mas ainda assim, sempre que se reconheça que o funcionário, sem prejudicar o serviço público, pode acumular cargos, isso deverá permitir-se. E assim, con-

(1) Vej. *Rev. de leg.*, t. XXVIII, p. 258; officio (m. r.) de 6 de novembro de 1894 (cit. *Ann. da dir. ger. de adm. pol. e civ.*, t. VII, p. 306).

(2) Vej. n.º 78, p. 259.

vém: ou declarar-se taxativamente na lei os cargos que não permitem acumulação com outros; ou sujeitar-se, como regra geral, a acumulação à prévia autorização; ou adoptar um sistema misto. Quanto à acumulação de cargos com profissões, maior deve ser a faculdade concedida ao funcionário, parecendo que na lei se deve expressamente declarar para cada caso especial a incompatibilidade; tanto mais que da conjunção do exercício do cargo com qualquer profissão deriva para a sociedade um acréscimo de riqueza ou de vantagens.

89. — Correspondência e relatórios.

Indica também POSADA entre os deveres do funcionário o da correspondência, a fim de êle atender as comunicações que lhe sejam dirigidas por funcionários de outros ramos administrativos, fundando-se êste dever na necessidade da coordenação administrativa. Tal correspondência não se estabelece de funcionário a funcionário, mas por intermédio dos superiores jerárquicos (1).

O código administrativo nos artigos 48, 168, 244 e 260 n.º 4 refere-se ao modo por que se correspondem as câmaras municipais, as juntas de paróquia, os governadores civis e os secretários jeraes dos governos civis (2) com as diversas entidades oficiais.

Os governadores civis, embora imediatamente subordinados ao ministério do reino (3), correspondem-se directamente com os outros ministérios e deles recebem ordens e instruções nos assuntos da sua competência. Desde que os governadores civis são imediatos delegados e representantes do govêrno no distrito (4), compondo-se o govêrno de diferentes ministérios

(1) Vej. POSADA, cit. *Der. adm.*, t. I, p. 344.

(2) Para o secretário da administração do concelho não traz o código administrativo disposição idéntica à do artigo 260 n.º 4, apesar da identidade de razão.

(3) *Cód. adm.*, art. 241.

(4) *Cód. adm.*, art. 243.

além do do reino, de todos êles teem os governadores civis que receber ordens e instruções; mas poderia entrar em dúvida, se por intermédio do ministério do reino e reciprocamente, atenta aquella immediata subordinação dos governadores civis ao ministro do reino, deveria ser-lhes expedida a correspondência dos outros ministérios. O final do artigo 244 do código administrativo importa uma economia de tempo e de trabalho (1).

Também nas comunicações os funcionários podem usar das linhas telegráficas ou telefônicas, quando expressamente autorizados, expedindo despachos officiaes sôbre assuntos de serviço público e nos termos da legislação respectiva. Esta faculdade tem-se tornado extensiva a muitos funcionários públicos.

O código administrativo não indica o modo jeral de transmissão da correspondência official, mas é fácil de ver que o princípio da subordinação jerárquica determina também, quanto à correspondência, a escala por que deve ser feita: — do inferior para o superior immediato, ou por intermédio dêste para o seguinte, e reciprocamente.

Ao dever da correspondência poderemos juntar o dos *relatórios*, os quaes são da competência dos chefes das repartições e necessários para o bom exame do estado dos serviços públicos, a apreciação dos resultados de quaisquer medidas tomadas e o reconhecimento da necessidade de outras providências. Também ligados ao princípio da subordinação jerárquica, os relatórios são dirigidos pelos inferiores aos superiores immediatos.

Os relatórios podem versar sôbre qualquer objecto das attribuições do funcionário que o expede. Uns são determinados pelas próprias disposições legais; outros são pedidos, segundo a oportunidade, pelos superiores jerárquicos; outros poderão ser da iniciativa do inferior.

(1) Vej. *Rev. de leg.*, t. XXIII, pag. 481; PERDIGÃO, obr. cit., t. I, p. 396 e s.

Não incluímos na acepção de *relatório* quaisquer informações, ainda que circunstanciadas, que os funcionários exaram nos processos dos serviços da sua competência, em jeral, ou ainda as que em especial a lei determina (1).

O código administrativo de 1886 no artigo 221, embora não falasse expressamente em *relatório*, comprehendia e mesmo pressupunha êsse dever no governador civil, após a sua visita ao distrito; e o mesmo deriva do artigo 255 do código de 1896. O código de 1842 não impunha expressamente essa obrigação ao governador civil; todavia foi ela mais tarde declarada por lei, cumprindo aquele majistrado remeter ao governo até 30 de setembro de cada ano o relatório circunstanciado de todas as necessidades do distrito, dos inconvenientes e das dificuldades encontradas na execução das leis, etc. (2).

Também o código de 1886 no artigo 241 n.º 3 falava expressamente de *relatório*, quanto ao administrador de concelho; do artigo 277 n.º 7 do código de 1896, embora claramente o não diga, deriva a mesma idea.

90. — Segrêdo de officio.

O funcionário deve abster-se de dar notícia dos assuntos ou factos que por virtude do exercício das suas funções tenham chegado ao seu conhecimento, quando isso possa ser prejudicial ao estado, à administração pública, ou ainda aos interesses ou onra dos cidadãos (3).

Para algumas funções públicas este dever é acompanhado de sanções severíssimas para o funcionário que o transgride (4).

(1) Vej., por ex., quanto ao governador civil, *Cód. adm.*, art. 250 n.º 17, e, quanto ao administrador de concelho, art. 277 n.º 11.

(2) Lei de 12 de maio de 1856. Vej. portaria de 26 de fevereiro de 1858; *Cód. adm.* de 1842, ed. anot. de 1865, not. de p. 197 e 216, not. 2 de p. 215; portaria de 24 de fevereiro de 1848; *Rev. de leg.*, t. XXVI, p. 498, not. 1.

(3) Vej. *Cód. pen.*, art. 290 e 289.

(4) Vej., para exemplos, *Cód. pen.*, art. 153, no caso do crime assumir a qualidade de crime contra a segurança do estado, e art. 295 e § 1.º, relativamente à correspondência postal.

E em todo o caso, a violação do segredo constitui uma falta disciplinar, que pode dar causa a penalidades diversas, conforme o prescrito nos regulamentos respectivos.

O que deve considerar-se de natureza reservada ou confidencial diz-se no § único do artigo 437 do código administrativo (1).

91. — Moralidade e decoro; educação e urbanidade.

O funcionário deve conservar a moralidade e o decoro próprios da sua posição, impondo-se assim ao respeito dos seus inferiores e até ao dos seus superiores.

Nas relações com o público deve ainda o funcionário não só mostrar-se dotado de boa educação, mas tratar as pessoas com urbanidade, e facilitar-lhes mesmo o cumprimento dos deveres que as leis lhes impõem junto dele (2).

SECÇÃO II

Responsabilidade dos funcionários

92. — Fundamento e divisão da matéria.

Todo o funcionário é obrigado ao cumprimento exacto dos seus deveres; e porque, segundo um princípio jeral de direito, toda a obrigação deve ser acompanhada de uma sanção para o caso de não ser cumprida, sujeito está a *responsabilidade* o funcionário que falta aos seus deveres. Bem segue pois esta matéria à dos deveres do funcionário, dos quais falámos na secção antecedente.

Assim como em relação aos deveres dos funcionários sim-

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 436 e § ún.; of. (m. r.) de 21 de fevereiro de 1895 (cit. *Anuario*, t. VII, p. 354).

(2) Vej. sobre a matéria desta secção MEUCCI, obr. cit., p. 221 a 227; ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 101 a 107; POSADA, *Der. adm.* cit., t. I, p. 338 a 351; GIRIOLI, obr. cit., t. I, p. 357 a 374.

plesmente nos ocupámos dos deveres jerais e não dos especiais, assim também aqui só nos referiremos às responsabilidades comuns aos diversos funcionários públicos, deixando de lado as responsabilidades especiais, que em relação a alguns possa aver (1).

A responsabilidade dos funcionários pode ser *judicial* ou *administrativa*. A judicial é *civil*, se procura a reparação patrimonial do prejuízo causado, e é *penal*, se o acto do funcionário for criminoso. A responsabilidade administrativa tem o nome de responsabilidade *disciplinar*, e importa também uma penalidade, mas de ordem puramente administrativa.

Estas três espécies de responsabilidade podem cumular-se no funcionário por virtude de um mesmo acto.

Falaremos resumidamente de cada uma.

§ 1.º

Responsabilidade civil

93. — Subdivisão.

Não apreciaremos aqui o conceito jeral da responsabilidade civil, por ser objecto próprio do estudo de outra disciplina.

A circunstância de o funcionário ser um agente do estado leva à distinção entre a sua responsabilidade para com o estado e para com os *particulares*.

Como se deverá notar, o problema é também extensivo às entidades públicas administrativas menores do que o estado, quanto aos empregados dessas entidades.

94. — Responsabilidade para com o estado.

O prejuízo resultante do acto do empregado pode ser sofrido pelo próprio estado. O empregado deve portanto reparar

(1) Vej., como exemplo, entre nós, o art. 103 da *Cart. const.*, relativo à responsabilidade dos ministros, artigo ainda sem execução por falta da lei particular a que se refere o art. 104.

êsse prejuízo. É a consequência que deriva imediatamente do princípio da responsabilidade.

Todavia, à parte uma excepção importante, relativa aos exactores da fazenda pública, nenhum texto expresso de direito positivo se occupa directamente do assunto, e, conquanto os princípios jeraes conduzam à applicação das normas que regulam a responsabilidade por direito civil, também na prática se não tem reconhecido ou tornado efectiva por parte do estado essa responsabilidade. A razão disto encontra-se talvez em que, por um lado, o vínculo jerárquico, ligando em um todo orgânico a complexa administração do estado, faz com que, pela fiscalização e superintendência do superior em relação ao inferior, a responsabilidade muito se divida e subdivida ou se dilua; por outro lado, o estado tem os meios disciplinares para punir o empregado.

Neste ponto convém distinguir entre o estado e as outras entidades públicas administrativas, visto que se não dão, quanto a estas, com a mesma intensidade que para o estado, as razões que tendem a não tornar efectiva a responsabilidade civil do funcionário (1).

95. — Responsabilidade para com terceiros.

Poderia supor-se que, operando o estado sempre por meio do funcionário, a questão da responsabilidade civil por um facto do funcionário se confundiria com a questão da responsabilidade civil do estado; mas é preciso distinguir: se o funcionário, exercendo fielmente o seu cargo, praticar um facto lesivo dos direitos de terceiro, — dêsse facto deriva responsabilidade para o estado e não para o funcionário; se o acto lesivo de terceiro for praticado pelo funcionário, transgredindo os seus deveres, — á então responsabilidade *directa* do funcionário, salva a questão de se saber se o estado, por o facto ser de um agente seu, é *indirectamente* responsável.

(1) Vej. *Cod. adm.*, art. 434.

Da responsabilidade do estado trataremos mais adiante.

Entre nós, qual será o fundamento legal da responsabilidade civil do funcionário para com terceiros?

A disposição jeral encontra-se no artigo 2361 do código civil, esclarecida ainda pelas disposições dos artigos 2362 a 2365. Já êstes preceitos seriam suficientes, na falta de outros especiais, para por êles determinar a responsabilidade do funcionário; mas, além dêles, o código civil insere um título (1), que se ocupa — «da responsabilidade por perdas e danos causados por empregados públicos no exercício das suas funções» —, no qual se equipara aos simples cidadãos o empregado que, excedendo as suas atribuições legais, praticar actos, de que resultem para outrem perdas e danos (2). Quanto a juizes e majistrados do ministério público, á as disposições especiais dos artigos 2401 a 2403 do código civil e dos artigos 1092 e 1173 do código do processo civil (3).

Mais explicito do que o código civil italiano nos artigos 1151 e 1152, citados por ORLANDO (4), o código civil português não suscita inteiramente as dúvidas, de que fala o mesmo escritor (5) a propósito daquele código.

Responsabilidade penal

96. — Considerações jerais.

Limitamo-nos a algumas considerações jerais, visto que o estudo especial dêste ponto constitui um capítulo do direito penal.

O funcionário público que pratica um facto, que a lei declara criminoso, não fica sujeito à lei penal como qualquer outro cidadão, porque a sua qualidade de funcionário público

(1) *Cód. civ.*, parte IV, livro I, tit. V, art. 2399 a 2403.

(2) *Vej. Cod. civ.*, art. 2400.

(3) *Vej. Cod. adm.*, art. 434.

(4) *Cit. Princ. di dir. amm.*, p. 109, n.º 175.

(5) *Obr. cit.*, n.º 176.

produz efeitos importantes, tanto na qualificação dos crimes, como na determinação das penas.

Umás vezes a qualidade de funcionário apenas importa uma circunstância agravante jeral, sem ser especialmente considerada a propósito do crime de que se trata, recorrendo então o julgador às disposições jerais da lei (1).

Outras vezes a lei considera especial e expressamente a qualidade de funcionário para a agravação da pena (2).

Outras vezes aquela qualidade faz com que o crime passe de comum a constituir uma categoria com denominação especial (3).

Outras vezes a referida qualidade de funcionário faz incriminar actos, que a lei não considera crimes, quando praticados por particulares (4).

Outras vezes enfim a lei considera crimes actos que só podem ser praticados por funcionários, e não por particulares, por importarem o exercício de funções públicas (5).

Além dos outros lugares do código penal, em que a qualidade de funcionário é considerada para os efeitos penais, traz o mesmo código um capítulo especial (6), que trata — «dos crimes dos empregados públicos no exercício das suas funções». Também nas leis ou nos regulamentos de organização de serviços, e não só no código penal, se encontram penalidades para os funcionários, que deixam de cumprir as disposições de tais leis ou regulamentos. O mesmo código penal no artigo 326 a isso se refere, estabelecendo algumas declarações relativas à aplicação das penas de demissão e de suspensão.

Em diversas disposições do código administrativo se vêem

(1) Vej. *Cód. pen.*, art. 34 circ. 24.^a, 25.^a e 27.^a, 91 e s. e 325.

(2) Vej. *Cód. pen.*, art. 91, 143 § ún., 290, 295 e 388.

(3) Estão neste caso, os crimes de peculato e concussão. Vej. *Cód. pen.*, art. 313, 314 e 315 comparados com os art. 421, 432 e 453.

(4) Vej. *Cód. pen.*, art. 308 e 317.

(5) Vej. *Cód. pen.*, art. 284 e s., 291 e s., 301 e 302, 303 e s., 306, 307 e 308.

(6) Liv. II, tit. III, cap. 13.^o

designadas as referidas penas de suspensão e de demissão, e ainda as de multa e de suspensão dos direitos políticos (1).

Também algumas vezes a qualidade de funcionário público pode ser invocada como circunstância atenuante, ou até justificativa do facto (2).

Ligada à responsabilidade criminal do funcionário está a denominada *garantia administrativa*, da qual adeante falaremos.

§ 3.º

Responsabilidade disciplinar

97. — Fundamento da responsabilidade disciplinar; confronto com a penal.

Para os funcionários públicos á também a responsabilidade disciplinar.

Assenta a responsabilidade disciplinar no princípio das hierarquias administrativas, tendo formas de processo e penas especiais de carácter administrativo. Assim, se o funcionário falta às suas obrigações para com a administração, e enquanto a falta não entra na esfera da acção criminal, á própria administração se entrega exclusivamente a sanção da responsabilidade do funcionário.

Dar esta competência á administração é estabelecer uma espécie de excepção aos princípios jeraís; mas ela tem a sua razão de ser na necessidade de manter e fortalecer o princípio da hierarquia e a disciplina, e de promover o bom andamento dos serviços públicos; ela dá ao superior fôrça para se fazer respeitar e obedecer (3).

Conquanto seja de carácter penal, pois que as infracções da disciplina dão lugar a punições, a responsabilidade disciplinar

(1) Vej. especialmente o *Cód. adm.*, no tit. X (Disposições penais), art. 396-415.

(2) *Cód. pen.*, art. 39 e 44.

(3) Vej. n.º 30, p. 134.

diverge da responsabilidade penal propriamente dita em que aquella só se applica nas relações internas da hierarquia administrativa, com formas de processo menos rigorosas e menos solenes do que as estabelecidas nos processos criminaes, e ainda pelo carácter das sanções repressivas, mais moral e de correcção do que repressivo e de coacção, e enfim porque as penas meramente disciplinares não deixam a mancha de indignidade que deriva das condemnações em processo criminal.

Não se excluem todavia reciprocamente estas duas espécies de responsabilidade; elas podem tornar-se effectivas simultânea ou sucessivamente por virtude do mesmo facto, mas desenvolvem-se independentes uma da outra.

98. — Espécies de penas disciplinares; seus efeitos.

As penas disciplinares são naturalmente estabelecidas nas leis especiais reguladoras dos serviços. Mas, em jeral, essas penas na administração civil são, por uma ordem crescente: — a admoestação, a censura, a suspensão, a transferência e a demissão —; e poderiam ainda referir-se: a multa, a redução ou o desconto parcial e temporário do vencimento, a preterição na promoção, a descida de classe, etc. Nos serviços militares as penas disciplinares podem assumir maior gravidade, chegando até a privação da liberdade (1).

Quasi todas as penas disciplinares teem efeitos de pena pecuniária: assim, a suspensão faz com que o funcionário perca durante ella os seus vencimentos (2) e a demissão importa a perda definitiva desses vencimentos, salvo se a suspensão ou a demissão forem julgadas illegalmente impostas (3); influyendo ainda diferentemente uma e outra, quanto à aposentação, pois que o funcionário que teve alguma suspensão pode obtê-la,

(1) Vej. reg. discipl. do exército de 12 de dezembro de 1896, art. 7; reg. discipl. da armada de 30 de novembro de 1899, art. 6.

(2) *Cód. adm.*, art. 404.

(3) *Cód. adm.*, art. 405.

descontando-se-lhe sómente o tempo da suspensão, enquanto que o funcionário que foi demitido perde o direito a ela, salvo sendo readmitido(1). A transferência pode também atinir o efeito de pena pecuniária.

As penas de suspensão e de demissão se refere o código administrativo em diferentes artigos(2).

Segundo a declaração 3.^a do artigo 326 do código penal, são applicáveis aos factos da competência da jurisdição disciplinar as declarações 1.^a e 2.^a do mesmo artigo, as quais prendem com as penas de suspensão e de demissão.

Também no direito penal comum se fala, com referência a funcionários públicos, da demissão, suspensão e censura, como penas especiais(3), e da perda e suspensão de emprego ou funções públicas, como efeitos de outras penas(4).

Para a respectiva lei disciplinar remete o mesmo código penal no artigo 73, quanto às formalidades da pena de censura aos empregados públicos.

Mas, como já notámos no confronto jeral das penalidades disciplinares com as de direito penal comum, mesmo nestas penas de igual denominação tanto na esfera penal como na disciplinar a gravidade dos efeitos é diferente.

99. — Competência disciplinar.

Conquanto o poder disciplinar seja, como já vimos, um dos elementos constitutivos da autoridade jerárquica, nem a todos os superiores é dado o mesmo poder disciplinar. É nos respectivos regulamentos dos serviços públicos que se estabelece a graduação das competências; sendo todavia princípio jeral que as providências disciplinares tomadas por um funcionário podem ser revogadas ou modificadas pelo superior competente.

(1) *Cód. adm.*, art. 381 e 388; vej. o art. 384.

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 403, 411 n.º 3 e 447.

(3) *Cód. pen.*, art. 59, 71, 72 e 73.

(4) *Cód. pen.*, art. 76 a 81.

Também por vezes se entrega a entidades colectivas, constituindo conselhos disciplinares, a apreciação das faltas dos funcionários e a respectiva aplicação das penas. Outras vezes impõe-se ao superior jerárquico, que tem competência para impor uma pena disciplinar, a obrigação de, antes de usar dessa faculdade, ouvir determinado corpo consultivo, podendo em jeral o mesmo funcionário conformar-se ou não com o parecer daquele conselho, mas avendo casos, mais graves, em que o parecer do conselho tem de ser acatado. A falta da audiência do conselho, sempre que a lei prescreve esta audiência, importa uma nulidade no processo disciplinar.

O código administrativo estabelece no n.º 3 do artigo 411 uma regra jeral de competência disciplinar. Á todavia casos de competência especial, que fazem excepção àquela regra jeral e que por isso veem expressamente determinados no mesmo código (1).

Desde que o funcionário está sujeito à acção disciplinar, deve-se garantir-lhe, em processo competente, o direito de se defender. Adeante falaremos dêste direito.

100. — A acção disciplinar e a diferente orijem dos cargos públicos.

Fácil é de ver que a diferente orijem dos cargos públicos pode influir na forma do desempenho da função disciplinar. Assim, tratando-se de agentes electivos de composição colejial, não parece facilmente conciliável com a autonomia relativa de tais cargos a pena de suspensão ou a de demissão. Em tais casos o remédio contra êstes agentes colectivos, por as faltas e os erros ou abusos, que cometem, está no acto da dissolução, a qual entre nós pode ser decretada pelo poder executivo, quanto aos corpos administrativos (2), e determinada pelo governador

(1) Vej. art. 250 n.º 11, 275, 291, 300, 304, 305 § 9.º

(2) *Cód. adm.*, art. 17 e 41.

civil, procedendo auctorisacção do govêrno, quanto às corporações administrativas (1).

SECÇÃO III

Direitos, garantias, imunidades, prerogativas e onras dos funcionários públicos

101. — Direito ao cargo.

Terá o funcionário direito ao cargo, isto é, adquirirá êle direito a exercer o cargo por uma forma estável, podendo fazer valer êsse direito por meios judiciais ou administrativos?

Ao lado desta interrogação pode erguer-se esta outra: poderá ser obrigado o estado a manter permanentemente um cargo, ou um funcionário, de que não necessita?

É indispensável atender à condição do serviço e à natureza da função no organismo do estado. O estado pode estabelecer serviços de índole transitória, sôbre os quais mal pode levantar-se a questão; mas também os tem de carácter permanente. Por outro lado, os cargos do estado são: — ou cargos representativos, onoríficos, com prazo de tempo determinado, ou cargos indetermináveis quanto ao tempo (dependentes da opinião pública), ou cargos reconhecidamente técnicos, profissionais (jurídicos ou administrativos).

A questão do direito ao emprêgo tem um alcance diverso conforme respeita a uns ou a outros cargos.

Tratando-se de cargos de representação *por eleição*, o eleito, com a capacidade legal necessária, tem direito a exercer a função. Mas, sendo o serviço do funcionário em tais cargos temporário, isto é, desempenhado por períodos fixados na lei,

(1) *Cód. adm.*, art. 253 n.º 3. Também pela *Cart. const.*, art. 74 § 4.º, pertence ao poder moderador a faculdade de dissolver a câmara dos deputados. Vej. lei constitucional de 24 de julho de 1885, art. 7 § 2.º

Sôbre responsabilidade dos funcionários administrativos vej. MEUCCI, obr. cit., p. 228 e outras; ORLANDO, *Princ. di dir. amm.*, p. 107 e s.; GIRIODI, obr. cit., t. I, p. 418 e s.; POSADA, *Der. adm.*, cit., t. I, p. 338 e s.

com o termo do prazo termina êsse direito. O mandato, assim geralmente chamado, nem mesmo pode ser retirado por aqueles que o conferiram. À todavia as dissoluções, às quais já nos referimos no número antecedente.

Quanto aos cargos de prazo indeterminado, no exercício de cujas funções actua directamente a opinião pública, como os dos ministros e mais funcionários que desempenham funções de confiança e de direcção política, tais funcionários estão sujeitos à sorte das crises políticas, e quanto a tais cargos não á razão para suscitar a questão do direito ao emprêgo. Aja vista o que se dá em Portugal em relação aos ministros, governadores civis, administradores de concelho e rejedores de paróquia (1).

Em relação à terceira espécie de empregos, os técnicos e profissionais, como resolver?

STEIN inclina-se à afirmativa a favor do empregado: êste e o governo ligam-se por uma relação bilateral, e por isso aquele sem prévia decisão judicial não pode ser demitido. ORLANDO (2) opina que, em regra, o empregado não tem direito a ser mantido no cargo; mas que esta solução deve ser temperada pela equidade, visto que, diferentemente da prestação de serviços de direito comum, o empregado dedica ao estado por inteiro e de um modo exclusivo a sua actividade, e declarar a sua destituição implicaria a sua ruina económica. HAURIU (3) rejeita em absoluto o direito ao emprêgo, entendendo que o funcionário pode ser destituído de um modo para êle intempestivo e arbitrário: a função é conferida por um acto unilateral, a nomeação, que é assim um acto de administração discricionária: pode todavia dar-se uma convenção de natureza pri-

(1) É digno de referir-se o disposto no art. 240 § 1.º do código administrativo de 1886, relativamente aos administradores de concelhos de 1.ª ordem, os quais tinham o carácter de permanência, disposição que foi revogada pelo decreto de 6 de agosto de 1892, art. 41.

(2) Cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 119.

(3) Obr. cit., p. 426.

vada ligada à colação do emprêgo, e em tal caso á duas operações distintas: — a colação do emprêgo, que é um acto do poder público, essencialmente revogável, e o contrato realizado, que se pode resolver em indemnização de perdas e danos.

São as opiniões de ORLANDO e HAURIQU as mais conformes à tendência moderna dos estados; sem embargo, diz POSADA, a idea de STEIN impõe-se de um modo prático nos povos civilizados (1).

Não se pode falar, continua POSADA, do *direito ao emprêgo* como um direito vitalício do funcionário ao gozo do emprêgo como cousa *própria*. O direito a desempenhar o emprêgo com determinadas garantias, para que o empregado não esteja à mercê do arbítrio do govêrno, deve ser considerado sob os aspectos do interêsse do estado, da sua representação social e das exijências económicas e sociais do funcionário.

O estado determina, segundo as suas necessidades: — 1.º, as suas funções (serviços); 2.º, as condições destas, como o faz uma empresa particular. O estado tem de solicitar da concorrência social os servidores das suas funções, e é um interêsse supremo da ordem administrativa que o empregado sirva adequadamente o seu cargo; e se o estado *pode* impor como um dever cívico as funções de mera representação jurídica, já não pode impor as de carácter técnico. Neste ponto o estado está sujeito à lei da concorrência: se, em face de largas empresas, o estado oferecer menores vantagens, terá êle menos solicitantes do que elas. Portanto, se, para o desempenho das funções ou serviços, o estado estabelece condições, e se com estas o funcionário á de viver, elas se convertem, como elementos da relação de emprêgo, em outros tantos direitos do empregado.

As exijências da actividade profissional, técnica, a qual de-

(1) Cit. *Der adm.*, t. I, p. 356.

manda larga preparação anterior, estudos e sacrificios, e vocação, aptidão e dedicação no funcionário, não se coadunam com o arbítrio do estado acêrca do mesmo funcionário. A estabilidade do funcionário, o direito à função, o respeito jurídico ao emprêgo, dentro de certos limites, que deixem a salvo as continjências do estado, são condições que se impõem, seja pelo costume, seja por declarações expressas.

«Se, conclui POSADA, não pode abstractamente falar-se do direito ao emprêgo, pode falar-se da necessidade para o estado de garantir juridicamente a situação do empregado, reconhecendo-lhe: — 1.º, a estabilidade que resulte, segundo as necessidades do estado, do direito a não poder o funcionário ser separado do emprêgo de um modo arbitrário, e a não ser transferido por mero capricho do governante; 2.º, certas indemnizações de perdas e danos, em forma de pensões ou direitos, para o caso de uma supressão do destino» (1).

A doutrina de POSADA é por vezes esitante.

Cremos poder resumir o assunto, distinguindo entre funcionários electivos e funcionários não electivos. Quanto aos funcionários electivos, êles, como já fica dito, revestindo as condições que a lei exige, teem direito ao exercício da função. Os funcionários não electivos teem sómente um interêsse legítimo (2) à manutenção no officio; podendo portanto ser dispensados, desde que o interêsse público o determine, mas não por mero arbítrio. Aquele interêsse legítimo poderá fazer-se valer nos termos das disposições legais (3), poderá mesmo suscitar em determinados casos qualquer indemnização, mas de modo algum impor a permanência do officio e a manutenção do funcionário no cargo. Os próprios officios electivos estão sujeitos à supressão, a qual, se se der, arrastará a destituição dos respectivos funcionários.

(1) Vej. POSADA, *Der. adm. cit.*, t. I, p. 352 a 358

(2) Vej. n.º 57.

(3) Vej. *Cód. adm.*, art. 447 § ún.

102. — Poder disciplinar; meios de defesa disciplinar.

Já, a propósito da responsabilidade administrativa do funcionário, mostrámos em que consistia a acção disciplinar, a qual constitui um poder essencialmente inerente ao superior em relação ao inferior no desempenho de uma função pública jerárquicamente organizada.

Se para o superior jerárquico á o poder de disciplinarmente impor penas aos inferiores; indiscutível é para êstes, como princípio jeral de todo o direito penal, o direito de defesa. Grave abuso do poder seria condenar o acusado sem o ouvir, tanto nos processos penais propriamente ditos, como nos meramente disciplinares. Assim, o primeiro direito para o funcionário, como meio de defesa, é o ser ouvido (1).

Mas outros meios tem ainda o acusado ou condenado disciplinarmente: são êles o recurso gracioso, e ainda, em alguns casos, o recurso contencioso.

Pelo recurso gracioso o funcionário, contra quem foi determinada uma pena, pode representar perante o superior que a impôs, ou reclamar para o superior a êle, visto êste superior, por virtude do mesmo poder jerárquico, ter a faculdade de revogar ou modificar a resolução do seu subordinado.

Sobre reclamações graciosas alguma coisa dispõem os artigos 28 e 257 e seu § 1.º do código administrativo.

Do meio contencioso pode servir-se o funcionário atinjido por uma pena, que considere ilegal ou ilegalmente imposta ou processada, recorrendo para os tribunais competentes (contencioso administrativo).

O recurso contencioso disciplinar é no código administrativo admitido nos termos dos artigos 257 e § 2.º, 325 n.ºs 1, 2 e 7, e 352 n.ºs 1, 3, 4 e 6.

O código administrativo de 1895 e o actual (2), vieram des-

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 447.

(2) Vej. *Cód. adm.* de 1895., art. 368 n.º 6; *Cód. adm.* de 1896, art. 352 n.º 6.

truir quasi totalmente a anterior garantia do recurso dos actos do governo para o supremo tribunal administrativo, quando esses actos fôsem viciados por qualquer violação de lei ou regulamento de administração pública. A base 21.^a da lei de 25 de julho de 1899 mandava restabelecer a anterior doutrina, mas o código administrativo de 21 de junho de 1900, elaborado de harmonia com aquella lei, não chegou a entrar em vigor, por virtude do decreto de 5 de julho seguinte. Oje porém já a doutrina a tal respeito anterior ao código administrativo de 1895 voltou a ser lei do estado por virtude do disposto no artigo 89 *três* da lei de 9 de setembro de 1908 sobre impostos e serviços públicos.

No artigo 405 o código administrativo garante ao empregado suspenso ou demitido o ordenado que deixou de receber, se a suspensão ou demissão forem julgadas ilegalmente impostas.

103. — Delegação de funções.

Já a esta faculdade do funcionário, quando a lei expressamente a autoriza, nos referimos anteriormente (1).

104. — Função de autoridade.

Cumprindo aos funcionários fazer manter a ordem nos edificios ou repartições em que funcionam, dá-lhes a lei, para os casos de perturbação da ordem, ameaças ou insultos, quando esses funcionários se encontrem no exercício das suas attribuições, uma função de autoridade, podendo elles fazer prender o delinquente e autuá-lo (2).

As leis, com esta e demais garantias, e ainda com outras disposições de excepção ao direito comum e de tutela directa ou indirecta, que vamos percorrer, teem em vista o próprio estado, a sua soberania e o exercício normal das funções pú-

(1) Vej. n.º 85, p. 277.

(2) *Cód. adm.*, art. 24, 430 e 432.

blicas. Mas, por isso que estas funções são desempenhadas por pessoas físicas, funcionários, êstes são revestidos das faculdades que as leis estabelecem com aquele intuito, e que em favor deles se refletem.

105. — *Aussilio da força pública.*

As providências e ordens legais emanadas dos funcionários públicos na esfera das suas atribuições revestem o carácter coactivo, devendo-lhes os particulares obediência; e, em caso de resistência ou de recusa, tem o funcionário de recorrer aos meios coercitivos com o emprêgo da força policial, e mesmo da força militar, quando necessário.

Esta faculdade está reconhecida na nossa legislação, tanto em relação aos funcionários governativos, como aos de origem electiva (1).

Ainda nos casos em que a lei o não declare, deve o recurso à força pública ser tido como legítimo, desde que as circunstâncias o reclamem. É esta uma forma directa da acção tutelar do estado em benefício do funcionário público.

106. — *Garantia administrativa.*

Já vimos (2) que a responsabilidade penal do funcionário público se ligava a denominada *garantia administrativa*.

Em jeral pode dizer-se que a *garantia administrativa* con-

(1) Vej. cit. *Dec. eleit.*, art. 57 e 60 e s.; *Cód. adm.*, art. 29, 251 n.º 1, 278 n.º 1, 305. Vej. portaria de 24 de janeiro de 1889; ordem do exército n.º 18 de 1879, disposição 7.ª, e ordem do exército de 28 de maio de 1887.

Como elementos auxiliares de força, á nos distritos os corpos de policia civil, de que podem servir-se os respectivos governadores civis e commissários de policia; dèsses corpos de policia são para os concelhos, segundo as necessidades, enviados destacamentos, aos quais ficam superintendendo os administradores de concelho, como autoridades policiaes, que são, e á nas paróquias os cabos de policia, que coadjuvam os respectivos rejedores; á, além disso, em Lisboa e Porto as guardas municipaes, corpos militares, mistos de cavalaria e infantaria, postos ao serviço do ministério do reino, que desempenham funções policiaes; á enfim a demais força militar, dependente dos ministérios da guerra e da marinha, principalmente a subordinada ao ministério da guerra.

(2) N.º 96.

siste em determinados funcionários administrativos não poderem ser demandados, quer civil, quer criminalmente, ou só criminalmente, por actos relativos às suas funções sem prévia autorização do governo.

Pretende-se justificar esta garantia com a necessidade de assegurar a independência da autoridade administrativa contra imaginárias invasões da autoridade judicial, evitando que os tribunais de justiça conheçam dos actos de administração e pondo os funcionários administrativos ao abrigo de constantes ameaças de processos judiciais, que poderão ser apenas o resultado de uma vingança pessoal ou de um mesquinho interesse político; e diz-se que não é um privilégio ou uma regalia, porque com tal garantia não se teem em vista os funcionários administrativos, mas sim os actos de administração, e que, assentando ela na teoria constitucional da delegação de atribuições, que o governo defere aos seus agentes nos diversos ramos da administração pública, também, para que proceda, é necessário que o acto, base do processo, seja essencialmente administrativo e que tenha sido praticado por funcionário directamente dependente da administração.

A garantia administrativa é, em todo o caso, a par de uma manifestação da tutela do estado, um direito de excepção, de que, como um privilégio, se aproveitam os funcionários administrativos.

A garantia administrativa, copiada do direito francês, estabelecida pela primeira vez entre nós, depois do regime liberal, no artigo 88 do decreto de 18 de julho de 1835 e depois no artigo 216 do código administrativo de 1836, era só dada aos magistrados administrativos, os quais, segundo os citados lugares, não podiam ser demandados *civil* ou *criminalmente* por factos relativos às suas funções sem preceder licença do governo. Segundo os artigos 6 a 8 do código de 1836, eram magistrados administrativos o administrador jeral (a que oje corresponde o governador civil), o administrador de concelho e o rejedor de paróquia.

Pelo artigo 357 do código administrativo de 1842 não só foi mantida esta garantia aos majistrados, mas ainda tornada extensiva aos demais funcionários administrativos; devendo todavia notar-se que, embora, segundo o artigo 341 do referido código de 1842, o rejeitor de paróquia não fôsse majistrado administrativo (1), êle todavia gozava da garantia administrativa do referido artigo 357 (2).

Como diz PERDIGÃO, a jurisprudência e a legislação posterior ao código de 1842 alargaram ainda mais o favor, applicando-o a funcionários que não pertenciam à ordem administrativa civil, tais como os reitores dos liceus, os recebedores de comarca, os escrivães de fazenda e mesmo os suplentes, e os empregados do serviço interno e externo das alfândegas (3).

A lei de administração civil de 26 de junho de 1867 nos artigos 464 a 468 restringia a garantia sómente aos majistrados administrativos (de que falava no artigo 425) e aos seus substitutos, quando em exercício, e só para o caso de serem demandados criminalmente.

O código administrativo de 21 de julho de 1870 no artigo 331 também limitava aos processos criminaes a garantia administrativa, nos termos ali ditos, mas ampliava-a aos funcionários administrativos, além dos majistrados.

No relatório da proposta do código administrativo de 12 de janeiro de 1872 (4), a qual, depois de várias fases, foi convertida no código aprovado por lei de 6 de maio de 1878, condena-se um tal privilégio dos funcionários administrativos, como *excepção odiosa e improficua*. O citado código de 1878 diz no art. 376: — Os majistrados ou funcionários administrativos podem ser demandados civil ou criminalmente por factos relativos às suas funções sem autorização do govêrno.

(1) O que já vinha da lei de 29 de outubro de 1840.

(2) Portaria-circular de 19 de maio de 1843.

(3) PERDIGÃO, obr. cit., t. I, p. 79, n.º 16. Vej. *Cód. adm.* de 1842, ed. anot. de 1865, not. ao art. 357, p. 426 e s.

(4) Publicado na *Rev. de leg.*, t. XI, p. 177 e s.

O código de 1878, como diz PERDIGÃO, obedecendo a princípios mais francamente liberais, condenou a existência do favor, como excepção exorbitante do direito comum, e retirou aos majistrados e funcionários administrativos aquela garantia, deixando-os, sob o ponto de vista da responsabilidade pelos seus actos officiais, nas mesmas condições em que qualquer outro cidadão pelos seus actos individuais (1).

É certo que aquella disposição do código de 1878 não logrou fazer triunfar o princípio da igualdade no rejime do direito comum sôbre êste assunto, porque não acabou com a garantia concedida por leis especiais a outros funcionários, nem ainda impediu que posteriormente se consignasse a excepção em favor de outros empregados (2).

O código de 1886 manteve no artigo 395 a extinção da garantia; apenas no § único do mesmo artigo determinou que, se os majistrados administrativos e os commissários de policia fôsem pronunciados por factos relativos às suas funções, o respectivo despacho de pronúncia, ainda que não admitisse fiança, não surtiria nenhum dos seus efeitos, sem que fôsse préviamente intimado e passasse em julgado. Esta disposição importava assim uma pequena excepção ao direito comum em favor daqueles majistrados e commissários.

O código de 1878 não continha uma disposição formulada nos mesmos termos; mas foi ella introduzida no código de 1886, para cortar a dúvida que se suscitou a propósito do § único do artigo 376 do código de 1878 que dizia: — Os majistrados ou funcionários administrativos, pronunciados por despacho *passado em julgado*, ficam por êsse facto suspensos do exercicio das suas funções —, doutrina também apresentada no artigo 396 do código de 1886.

A dúvida era — se os majistrados ou funcionários adminis-

(1) PERDIGÃO, log. cit.

(2) Vej. decreto de 28 de agosto de 1879, art. 27, e instruções de 14 de outubro do mesmo anno; PERDIGÃO, log. cit.

trativos pronunciados *podiam ser presos* antes da pronúncia passar em julgado.

Os tribunais tinham-se pronunciado pela negativa (1).

O código de 1886 com o referido § único do artigo 395 desfez no mesmo sentido a dúvida que se avia suscitado, visto como o despacho de pronúncia não surtiria *nenhum* dos seus efeitos, *ainda que não admitisse fiança*, sem que fôsse intimado e passasse em julgado. Mas, como o código de 1886 limitava a garantia do referido § único aos *majistrados administrativos* e aos *comissários de polícia*, ainda o mesmo código restringia em relação ao de 1878, tal como êste foi interpretado por os tribunais, o número de funcionários que daquela excepção ao direito comum poderiam aproveitar.

Apesar da experiência desde 1878 ter sancionado a abolição da garantia estabelecida no código de 1842, entendeu o autor dos códigos de 1895 no artigo 446 e de 1896 no artigo 431 (2) dever restabelecê-la, embora só em relação aos processos crimes, como faziam a lei de 1867 e o código de 1870, mas ampliando-a quanto aos funcionários que dela aproveitariam, pois que pelo código de 1842 gozavam da garantia os *majistrados e funcionários administrativos*, e pelos códigos de 1895 e 1896 a ficavam tendo as *autoridades, os majistrados e funcionários administrativos* e os *agentes da autoridade administrativa*.

Como sucedera depois do código de 1842, também em seguida ao código de 1896 começou a garantia administrativa a ser tornada extensiva a outros empregados, além dos respectivos a serviços dependentes do ministério do reino. Assim, pode referir-se, quanto a empregados dependentes do ministério da fazenda, o decreto n.º 3 de 24 de dezembro de 1901

(1) Despacho do juiz de direito de Rezende, confirmado por ac. da rel. do Porto de 3 de junho de 1879 e ac. do supr. trib. de just. de 17 de outubro do mesmo ano, publicados na *Rev. de leg.*, t. XII, p. 604 e 701. Esta *Revista*, t. XI, p. 611, e t. XV, p. 36, seguia opinião contrária à dos citados acórdãos. PERDIGÃO (obr. cit., t. I, p. 423), expondo os fundamentos do despacho do juiz, combate a cit. *Rev. de leg.*, preferindo a doutrina do julgado.

(2) Igual ao art. 446 do código de 1895.

no artigo 10 n.º 1, sendo neste caso da competência do ministro da fazenda a autorização para o funcionário ser demandado (1).

Diz a *Revista de legislação e de jurisprudencia* (2) que, desde que o privilégio se estendeu expressamente às autoridades administrativas e aos agentes da autoridade administrativa, somos forçados a considerar os termos — funcionários administrativos — no seu sentido mais amplo, abrangendo os *empregados auxiliares*, como, por exemplo, o amanuense ou o contínuo de uma câmara municipal, ou o secretário de uma junta de paróquia.

Convém entretanto notar que pelo artigo 149 do decreto eleitoral de 30 de setembro de 1852, no vigor do código de 1842, a garantia administrativa não era aplicável a respeito dos crimes eleitorais de que o mesmo decreto se occupava. Preceito de igual doutrina também actualmente se contém no artigo 144 do decreto eleitoral de 8 de agosto de 1901.

Pela base 28.^a, aneixa à lei de 26 de julho de 1899, novamente se suprimia a denominada garantia administrativa. O código administrativo de 21 de junho de 1900, publicado de harmonia com as referidas bases, não entrou em execução, por virtude do decreto de 5 de julho seguinte, continuando em vigor o código de 1896 e a referida *garantia administrativa*, nos termos do seu artigo 431 e respectivos parágrafos.

Por uma lei de 14 de fevereiro de 1907 foi novamente abolida a garantia administrativa e voltou-se à doutrina do artigo 395 do código administrativo de 1886, mantendo-se também a excepção do § único do mesmo artigo, mas estabelecendo-se a abolição para todas as autoridades, funcionários ou empregados públicos, e applicando-se a excepção aos magistrados administrativos ou judiciais, categoria em que são incluídos os comis-

(1) Vej. portaria de 3 de janeiro de 1903.

(2) *Rev. de leg.*, t. XXVIII, p. 274: vej. também t. XI, p. 82.

sários e os chefes superiores da polícia em Lisboa e Porto, excepção que todavia é inapplicável aos crimes punidos na legislação eleitoral (1).

107. — Outras excepções ao direito comum ou jeral.

Não tentaremos percorrer todas as excepções ao direito comum ou jeral em favor do funcionário público, que se acham espalhadas por uma multidão de diplomas legais; apenas nos referiremos a diversas que sobressaem pela importância, embora algumas delas estejam mais ligadas ao direito constitucional do que ao direito administrativo.

a) *Excepções estabelecidas nas leis constitucionais:*

A carta constitucional no artigo 25 declara os membros de cada uma das câmaras legislativas invioláveis pelas opiniões que proferirem no exercício das suas funções.

Segundo o artigo 3 da lei de 24 de julho de 1885 (jeralmente denominada 2.^o acto adicional), artigo que substituiu o artigo 26 da carta constitucional, nenhum par, ou deputado desde que for proclamado na respectiva assemblea de apuramento, pode ser preso, salvo por ordem da sua respectiva câmara, menos em flagrante delicto, a que corresponda a pena mais elevada da escala penal (2).

Pelo artigo 4 da citada lei, o qual veio substituir o artigo 27 da carta constitucional, o processo contra par ou deputado acusado ou pronunciado não pode prosseguir, sem que a respectiva câmara o resolva, conforme o indica o mesmo artigo.

Pelo artigo 41 e § 1.^o da carta constitucional os membros da família real, ministros de estado, conselheiros de estado, pares e deputados, estes durante o periodo da legislatura,

(1) Acérca da garantia dos funcionários administrativos vej., entre nós, além dos trabalhos já referidos, dr. JUSTINO DE FREITAS, obr. cit., p. 8 e 9; A. A. DO COUTO MONTEIRO, *A garantia dos funcionarios administrativos*, Lisboa, 1866; *Gaz. de dir. adm.*, t. I (1903), p. 2 e outras; e de autores estrangeiros, ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 114 a 116; POSADA, *Der. adm.* cit., t. I, p. 348, n.^{os} 23 a 25; GIRODI, obr. cit., t. I, p. 405 e s., n.^{os} 122-127.

(2) Vej. *Cód. pen.*, art. 55.

teem um tribunal especial para tomar conhecimento da acuação e julgar dos delitos individuais que cometerem. Êste tribunal é a câmara dos pares, que para êsse efeito se constituiu nos termos da lei de 15 de fevereiro de 1849.

b) Isenção do serviço do júri.

Pode dizer-se que a maioria dos funcionários públicos é isenta do serviço do júri. A principal designação dos funcionários isentos encontra-se no artigo 2 da lei de 21 de julho de 1855, avendo mais diplomas especiais com isenção do serviço do júri, concedida a outros funcionários (1).

Também no artigo 297 do código administrativo vemos essa isenção estabelecida a favor do rejeitor de paróquia.

A isenção do serviço do júri tem principalmente por fim obstar a que os funcionários revestidos de cargos, cujo exercício importa graves responsabilidades e deve absorver inteiramente a actividade individual, sejam distraídos por outros cuidados. Tem-se em vista o interesse público.

c) Citação para depor em processo criminal ou civil.

Os membros da família real, os ministros de estado e os conselheiros de estado não podem ser citados para comparecerem em audiência crime, sem decreto que autorize êsse comparecimento, nos termos do artigo 1122 da reforma judiciária aprovada por decreto de 21 de maio de 1841; não sendo autorizado o comparecimento, ser-lhes-ão tomados os depoimentos nos termos do artigo 1123.

Também, segundo o artigo 1125 da citada reforma judiciária, durante o período das sessões, e não emquanto dura a legislatura, como já se pretendeu (2), os membros do poder legislativo não podem ser obrigados a comparecer como testemunhas em audiência crime, sem licença da respectiva câmara; negada esta, ser-lhes-ão tomados os depoimentos nos termos da segunda parte do mesmo artigo.

(1) Vej. dr. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Nov. ref. jud. annot.*, Coimbra, 1892, p. 63.

(2) Vej. *Rev. de leg.*, t. XLI, p. 395.

Pelo regulamento de 9 de janeiro de 1850 foram estes privilégios, que eram só estabelecidos em matéria crime, ampliados em matéria civil aos conselheiros de estado; e, segundo os artigos 265 e 267 do código do processo civil, não podem ser inquiridos, senão na sua residência, os membros da família real, precedendo decreto que o autorize, os conselheiros de estado, os ministros de estado efectivos, os arcebispos e os bispos, nem também podem ser inquiridos, sem licença da respectiva câmara, os membros dos corpos legislativos durante o periodo das sessões, salvo renunciando tal privilégio.

d) Escusa da tutela e da protutela.

O código civil no artigo 227 permite a escusa da tutela e da protutela aos ministros de estado efectivos, aos empregados de nomeação do govêrno, aos militares em serviço activo, aos eclesiásticos que tiverem cura de almas, etc. (1).

e) Isenção de penhora.

Conforme o artigo 815 do código do processo civil, não podem ser penhorados alguns bens dos funcionários públicos, devendo especializar-se, nos termos do n.º 4 do referido artigo, os soldos dos militares e ordenados dos funcionários, ou quaisquer proventos que possam competir-lhes nas referidas qualidades, salva a excepção relativa a alimentos, conforme a segunda parte do mesmo número (2).

f) Outras excepções.

Outras excepções á ao direito jeral (3), e já mesmo referimos em outro lugar (4) a isenção de direitos de mercê, de que gozam os governadores civis e os professores de instrução primária, e poderíamos ainda referir o regulamento de 9 de agosto de 1902, que na respectiva tabela indica diversas isen-

(1) Vej. GRIODI, obr. cit., t. I, p. 417, n.º 128.

(2) Vej. GRIODI, obr. cit., t. I, p. 437, n.º 142.

(3) Por ex., o rejeitor é isento não só do serviço do juri, mas ainda de aboletamentos em tempo de paz e do imposto de trabalho estabelecido no código administrativo (*Cod. adm.*, art. 297). Vej. *O Direito*, t. XXIII, p. 6.

(4) Vej. n.º 83, p. 275.

ções do pagamento do selo a favor de funcionários públicos; mas essas e outras isenções ou excepções ao direito jeral são muito especiais e restritas quanto ao seu aspecto, pelo que nos limitámos às que ficam referidas.

108. — Tutela penal do estado.

A tutela penal do estado em favor do funcionário verifica-se, por um modo indirecto, na determinação das penalidades pelos factos praticados contra o funcionário (1).

Podem referir-se:

a) Dos crimes contra a segurança interior do estado — o atentado e as ofensas contra o rei e sua família (2) e — a rebelião (3);

b) Dos crimes contra a ordem e tranquillidade pública — as injúrias contra as autoridades públicas (4), — os actos de violência contra as autoridades públicas (5), — a resistência (6) e — a desobediência (7);

c) A suposição ou usurpação de funções públicas ou de uniformes ou insignias de funcionários (8);

d) A ilegal antecipação ou prolongação de funções públicas (9);

e) Além dos casos especialmente designados na lei, a circunstância agravante do facto criminoso ser praticado em repartições públicas, ou com desprezo do funcionário no exercício das suas funções (10).

(1) Vej. GRIODI, obr. cit., t. I, n.º 109.

(2) *Cód. pen.*, art. 163 e s.

(3) *Cód. pen.*, art. 170 e s.

(4) *Cód. pen.*, art. 181 e 182.

(5) *Cód. pen.*, art. 183 a 185.

(6) *Cód. pen.*, art. 186 e 187.

(7) *Cód. pen.*, art. 188 e 189. Vej. *Cod. adm.*, art. 24 e 432.

(8) *Cód. pen.*, art. 235 e 236.

(9) *Cód. pen.*, art. 306 e 307.

(10) *Cód. pen.*, art. 34 circ. 17.^a e 21.^a Não desenvolvemos a matéria dêste número por mais directamente pertencer a outra disciplina jurídica — o direito penal. Vej. GRIODI, obr. cit., t. I, n.ºs 110 a 116.

109. — Direitos económicos.

Do exercício de uma função retribuída derivam para o empregado direitos, como diz STEIN, que respeitam à sua vida económica, e que por isso se podem chamar *direitos económicos* do empregado.

Pode incluir-se aqui o reembolso, devido ao funcionário, das despesas que êste faz, em benefício público do estado, no desempenho do officio, — o que importa a applicação do princípio estabelecido quanto ao mandato civil (1). Por vezes a lei previne algumas circunstâncias destas, ficando uma verba para tais despesas, como despesas de viagem, subsídio de residência, etc.; mas em qualquer dêstes casos, tais despesas não perdem o seu carácter próprio, que não é o da retribuição pelo serviço que o funcionário presta, mas sim o reembolso de despesa efectiva a que o funcionário é obrigado para poder desempenhar as attribuições do seu cargo. Devem aqui ver-se comprehendidas as denominadas despesas de representação, principalmente estabelecidas para os agentes diplomáticos, previamente descritas no orçamento respectivo.

Já vimos que no maior numero dos casos a relação da função pública se não apresenta com valor contratual (2). O estado, com efeito, por vezes *impõe* um cargo ou função ao cidadão, e a imposição tira à relação, na sua origem, o carácter contratual; mas ainda em alguns dêstes casos podem do exercício da função derivar direitos económicos, como no serviço militar, na função de rejedor de paróquia, etc.

De que maneira se poderá ficar a *justa remuneração* do serviço que deve prestar o empregado?

A diversos sistemas, os quais ora se empregam simples, ora combinados; assim á: 1.º, o pagamento do serviço do empregado, como serviço do estado ao particular, pagamento feito

(1) *Cód. civ.*, art. 1344. Vej. GRIODI, obr. cit., t. I, p. 378, n.º 108.

(2) Vej. p. 241, n.º 68.

por êste directamente, em forma de direitos ou onorários, sujeitos a tabela regular (emolumentos); 2.º, o pagamento do serviço do empregado, que recebe fundos do estado, como um encargo para estes fundos, — uns tantos por cento (quotas); 3.º, o pagamento por dias de serviço efectivo, — vencimento de exercício, ou de presença; 4.º, o pagamento por *ordenado*, que é o sistema mais jeral.

O ordenado é a quantia preficsada como remuneração normal dos serviços do empregado, em relação a um tempo ou periodo, que serve de regulador. Êste periodo costuma ser o ano, e o pagamento feito rateadamente aos meses.

A remuneração plena do serviço do funcionário deve ser ficsada, tendo-se em vista: — 1.º, que o empregado se preparou para o ser, e a preparação corresponde a gasto de tempo e de dinheiro; — 2.º, que o é, applicando a sua actividade pessoal de modo a absorver toda ou a maior parte da sua actividade económica; — 3.º, que conta com a economia que tem a fazer, ou *capitalização*, para atender à sua inutilização temporária ou permanente e à subsistência da sua família.

O sistema mais jeral não acumula todos os elementos; jeralmente divide-se o vencimento *total* em: — 1.º, *vencimentos*, que o empregado percebe em activo serviço; 2.º, vencimento de *disponibilidade*, que pode perceber, quando temporariamente deixa de fazer serviço; 3.º, vencimento de *aposentação* ou reforma, quando o funcionário passa às classes inactivas por velhice ou impossibilidade fisica, e ainda, às vezes, 4.º, *pensões* às viúvas e órfãos, attribuidas a estas pessoas, depois da morte do empregado. As três últimas formas correspondem à capitalização (1).

Sobre quem recai o encargo dos ordenados? Nem sempre sobre a entidade ou pessoa administrativa que o funcionário representa ou serve. Assim, entre nós, por exemplo, se o or-

(1) Vej. POSADA, *Der. adm.* cit., t. I, p. 358 a 371; ORLANDO, cit. *Princ. di dir. amm.*, p. 121 a 129.

denado do governador civil é pago pelo estado(1), já o do administrador de concelho é votado no orçamento municipal, podendo ser superior ao mínimo ficsado na lei, e é pago pela respectiva câmara municipal (2).

Já vimos (3) que a posse e o exercício do cargo são indispensáveis para que o funcionário tenha direito ao ordenado; mas á casos de excepção, em que o funcionário vence o ordenado ou parte dele, embora não desempenhe as respectivas funções (4).

Avendo cargos que além de funcionário efectivo teem substituto, e sendo no impedimento do efectivo chamado o substituto ou nomeado um interino para o desempenho do serviço, estabelecem as leis ou os regulamentos o modo de efectuar o pagamento do serviço do substituto ou do interino, em concorrência com os vencimentos do efectivo. Neste sentido dispõem no código administrativo os artigos 365 e seguintes.

110. — Os emolumentos segundo o código administrativo.

Indicaram-se em o número antecedente os emolumentos como um dos meios de remuneração do serviço do funcionário; e convém a êste respeito fazer um rápido exame das disposições do código administrativo.

O artigo 272 do referido código refere-se aos emolumentos que aos administradores de concelho ou bairro competirem segundo a *respectiva tabela*; o artigo 297 fala dos emolumentos que *pelas leis* pertencerem ao rejedor de paróquia; o artigo 315, quanto aos auditores administrativos, fala dos emolumentos que na *respectiva tabela* lhes são ficsados; no titulo IX, em que o código trata do serviço dos majistrados e mais funcio-

(1) Lei de 18 de maio de 1880.

(2) *Cód. adm.*, art. 272 e 81 § 1.º n.º 10.

(3) No n.º 82, p. 273.

(4) Vej. *Cód. adm.*, art. 364 a 369. Vej. of. (m. r.) de 15 de janeiro de 1890 (no *Anuario* cit., t. II, p. 279).

nários administrativos, o artigo 371 dá só direito a emolumentos ficados nas *tabelas respectivas* e no seu § único diz que os emolumentos a receber nas secretarias das câmaras municipais, das juntas de paróquia, dos governos civis, das administrações de concelho ou bairro, das rejedorias e nos tribunais do contencioso administrativo constam das *respectivas tabelas*; o artigo 372 declara que nas diligências para instrução dos processos administrativos os emolumentos dos funcionários, peritos e testemunhas que nelas intervierem são os ficados nas *tabelas judiciais*.

A que tabelas á portanto necessidade de recorrer?

Ao tempo da publicação do código de 1886 estava em vigor a tabela anexa ao código de 1842 com algumas modificações introduzidas por disposições posteriores especiais; e a ella se recorria, nos termos do artigo 418 daquele código (1).

Depois do referido código de 1886 foi promulgada a lei de 23 de agosto de 1887, que aprovou uma tabela de emolumentos das secretarias das corporações, autoridades e tribunais administrativos, a qual principiou a ter vigor em 1 de janeiro de 1888 (2), e, por virtude da autorização conferida ao governo na mesma lei (3), foram publicados os decretos de 23 de fevereiro e 23 de agosto de 1888, que aprovaram respectivamente as tabelas de emolumentos do supremo tribunal administrativo e da secretaria da câmara municipal de Lisboa.

O decreto de 21 de abril de 1892, extinguindo os tribunais administrativos distritais, manteve o capítulo VII da tabela de 23 de agosto de 1887, convertendo porém os emolumentos designados nesse capítulo VII em receita do estado (4), com a restrição do artigo 3. O código administrativo de 1895 no artigo 479 e o de 1896 no artigo 460 restabeleceram para a

(1) Vej. port. de 30 de abril de 1842, reg. de 7 de abril de 1863, dec. de 31 de dezembro de 1864, art. 60, e dec. de 17 de julho de 1871.

(2) Cit. lei, art. 1.

(3) Cit. art. 1 § 2.º

(4) Cit. dec., art. 5.

auditoria e comissão distrital os emolumentos do citado capítulo VII da tabela de 1887, fazendo-se a divisão nos termos dos §§ dos mesmos artigos.

A disposição do artigo 371 do código actual refere-se, em vista mesmo do artigo 460, à tabela de 23 de agosto de 1887; e em diferentes capitulos desta tabela se mandam contar emolumentos pela *tabela judicial*.

Vê se portanto que, além das citadas tabelas administrativas de 1887 e 1888, á emolumentos por actos verificados em serviços administrativos que são contados por a tabela judicial.

As dúvidas ou discussões, que se levantavam a propósito da tabela judicial aprovada por lei de 30 de junho de 1864, tabela jeral, e da aprovada por lei de 12 de abril de 1877, tabela especial para os processos cíveis e orfanolójicos, e em vista do artigo 3 desta última lei, que mandava nos actos do processo administrativo fazer a contagem por a tabela de 1864, se já depois da tabela administrativa de 1887 deviam julgar-se terminadas, de modo algum devem ser renovadas depois da última tabela judicial em vigor, a aprovada por lei de 13 de maio de 1896, a qual é jeral e substituiu a aprovada por decreto ditatorial n.º 2 de 22 de maio de 1895. É pois a tabela de 1896 que se tem de recorrer, quando as leis administrativas remetem para a tabela judicial; no mais recorre se as tabelas administrativas citadas. Mas deve notar-se que uma das disposições finais do capítulo V da tabela de 1887 manda, quanto a execuções administrativas, atender ao artigo 22 do decreto de 21 de abril de 1886, o qual modifica, segundo a importância das dívidas e as respectivas alçadas, os emolumentos contados na tabela judicial.

Os emolumentos são taxativamente ficados nas tabelas, não admitindo esta interpretação extensiva, nem ainda por identidade ou maioria de razão (1), por isto ser matéria de imposto, que deve interpretar-se restritivamente (2).

(1) *Cód. adm.*, art. 371.

(2) *Veja. tabel. dos emol. jud. de 1896*, art. 71 e 72.

Os emolumentos são como que adherentes ao serviço, pertencendo a quem o desempenha, seja o magistrado efectivo, substituto, interino, ou chamado por disposição da lei (1); para os substitutos ou interinos porém nem sempre á direito à percepção de todos os emolumentos que competem ao lugar: tal é o caso do § único do artigo 370 do código administrativo. Sob este aspecto os emolumentos diferem do ordenado, pois que este em determinados casos pode ser recebido, embora se não aja prestado serviço; são todavia casos de excepção, quanto aos quais dispõem os artigos 364 a 367 do mesmo código.

111. — Prerogativas e onras; precedências.

A) Segundo STEIN, tem o funcionário *direitos onoríficos*, que são os relativos á sua vida social. São as onras e prerogativas que se ligam á consideração devida ao funcionário.

Segundo POSADA, aqueles direitos são: 1.º, os tratamentos de onra; 2.º, o uso de determinadas insígnias e uniformes; 3.º, certas excepções de índole privilegiada (2).

Qualquer destes pontos tem o seu estudo especial a propósito dos funcionários a que respeitam.

B) Precedências.

O artigo 433 do código administrativo diz que os magistrados administrativos teem o primeiro lugar em todos os actos e solenidades públicas, segundo a sua jerarquia e na conformidade das leis e dos regulamentos do govêrno.

A precedência das diversas autoridades e corpos colectivos da administração, quando concorrem em quaisquer actos, ou quando se ajuntam com juizes de direito, delegados do procurador réjio, tesoureiros pagadores (oje extintos), etc., foi regulada pela portaria de 17 de junho de 1839, publicada com a de 6 de junho de 1843. Em face de tais portarias e em relação aos magistrados administrativos e corpos administrativos

(1) Vej. *Cod. adm.*, art. 370.

(2) POSADA, *Der. adm. cit.*, t. I, p. 359 n.º 3. Vej. GIRIODI, *obr. cit.*, t. I, p. 377, n.º 107.

oje existentes a ordem de precedência será: — governador civil, comissão distrital ou junta geral, administrador de concelho, câmara municipal, rejedor de paróquia, junta de paróquia.

Nos actos públicos o administrador do concelho precede aos demais funcionários administrativos do mesmo concelho, salvo o caso em que concorra com êle majistrado administrativo mais graduado, com autoridade em circunscrição que compreenda o dito concelho (1).

CAPÍTULO IV

Cessaçào do serviço do funcionário e seu suprimento

SECÇÃO I

Cessaçào temporária

112. — Incompatibilidade de exercício de funções; inacumulação facultativa de exercício de funções não incompatíveis; comissão de serviço.

Sabemos que as incompatibilidades relativas respeitam ao exercício de funções, por forma que o funcionário não pode simultaneamente desempenhar os dois cargos. Dêste modo o funcionário, quando é chamado ao exercício de funções incompatíveis com as que está desempenhando, interrompe, por motivo da *incompatibilidade*, o exercício destas até terminar

(1) PERDIGÃO, obr. cit., t. 1, p. 78 n.º 11, fundado nas cit. port.

Quanto ao assunto, podem ver-se port. de 9 de junho de 1834 e de 29 de agosto de 1861 sobre a precedência que pretendia ter a câmara municipal do Porto na procissão do Corpo de Deus; port. de 26 de junho de 1890 relativa a um conflito de precedência entre uma câmara municipal e funcionários militares; of. (m. r.) de 25 de novembro de 1889 relativo aos secretários jerais dos governos civis. Vej. CASTRO NETTO, cód. de 1842 anot., notas aos art. 221, 224 n.º 1 e 240; cód. de 1842, ed. anot. de 1865, p. 431, not. 1.

o daquelas. O chamamento ao exercício das novas funções e a interrupção, por incompatibilidade, do desempenho das anteriores podem derivar ou da própria lei, como no caso dos §§ 1.º e 2.º do artigo 273 do código administrativo, ou da nomeação feita pela autoridade competente para cargo não vitalício, como no caso de nomeação de um juiz de direito para o cargo de governador civil.

Resultado análogo pode provir da conjunção de cargos não incompatíveis no seu exercício, sendo facultativa a acumulação dêsse exercício. Em tal caso, se o funcionário não acumular, pode a preferência de exercício ser determinada na lei ou derivada da última designação de cargo. Lembraremos, como exemplos, a acumulação das funções legislativas, quando autorizada pela respectiva câmara, com as de outro cargo público, tendo o par ou deputado a faculdade de acumular ou não o exercício de umas e outras; e bem assim a do cargo de reitor de liceu de uma cidade com o de professor de um instituto de ensino superior da mesma cidade, podendo ao exercício daquela reitoria acumular-se ou não o das funções de professor. Em casos tais a *inacumulação* é causa de cessação temporária do exercício de funções.

Uma *comissão* especial de serviço público, da qual seja encarregado um funcionário, também é ou pode ser causa para êste de uma interrupção no exercício das funções do seu cargo, ainda que a natureza dêste não seja incompatível com a da comissão, quando esta tem de ser desempenhada fora do local onde o funcionário exerce o seu cargo, ou quando, efectuando-se aí, ela exige ao funcionário serviço tal, que lhe não permite a acumulação com o exercício do seu cargo, ou ainda quando, sendo possível de facto e não incompatível legalmente a acumulação, ao comissionado é permitido deixar de acumular, e êle assim procede. O tempo gasto em tais comissões é contado ao funcionário como de serviço efectivo no seu cargo (1).

(1) *Cód. adm.*, art. 365 e 369.

113. — Doença.

A doença é um impedimento de fôrça maior. As leis atendem aos casos de doença do funcionário, tanto quando ela é de natureza permanente, como de carácter transitório. Aqui só temos em vista esta última, por ser a que produz uma interrupção no serviço do funcionário.

Á todavia ainda a distinguir se a interrupção do serviço é superior ou não a trinta dias: se não exceder êste prazo, o funcionário tem direito ao ordenado por inteiro (1); se o exceder, e o lugar for desempenhado por substituto ou interino, o funcionário impedido só vencerá além daquele prazo dois terços do ordenado (2). O prazo porém dos trinta dias entende-se sucessivo ou contínuo, e não interpolado (3).

Da doença permanente falaremos na secção seguinte.

114. — Licença.

Pelo uso da licença interrompe o funcionário o serviço.

As licenças podem ser para se gozarem no reino ou fora dêle. Estas são sempre da competência do govêrno. Aquelas, sendo até trinta dias em cada ano, sejam ou não seguidos, são concedidas pelo superior imediato ao funcionário que a pede; passando de trinta dias em cada ano, não podendo ir além de dois meses, são concedidas pelo segundo superior jerárquico, isto é, pelo superior imediato ao competente para as conceder por trinta dias (4).

Aos superiores jerárquicos compete apreciar as circunstâncias occorrentes, quer quanto aos serviços, quer quanto aos funcionários, e resolver sôbre os pedidos de licença (5).

(1) *Cód. adm.*, art. 365.

(2) *Cód. adm.*, art. 365 § un.

(3) Resol. (m. r.) de 15 de janeiro de 1890 (cit. *Anuario*, t. II, p. 279). Vej. dec. de 15 de dezembro de 1894.

(4) Vej. *Cód. adm.*, art. 364 e §§, 250 n.º 14, 277 n.º 24.

(5) Vej. dec. de 15 de dezembro de 1894, embora anterior ao código administrativo de 1896.

A licença só pode ser concedida com vencimento, quando o for por motivo de doença devidamente comprovada (1).

115. — Ausência e suspensão.

Diz o código administrativo no artigo 364 que nenhum funcionário pode ausentar-se do seu emprego sem licença do seu superior; e no artigo 403 diz que o magistrado ou empregado administrativo, que se ausentar do exercício das suas funções sem licença, incorre na pena de suspensão ou de demissão.

Da licença, e portanto da ausência nela baseada, falámos em o numero anterior; aqui temos que apreciar a ausência sem licença, ou, antes, a ausência não fundamentada.

Os citados artigos produzem preceitos jenéricos, que podem ser modificados por outras disposições. Á casos em que a ausência deve considerar-se lejitima, independentemente de licença expressa, não ficando o funcionário sujeito à sanção do artigo 403: basta atender às disposições dos artigos 365 e 369 do código administrativo para assim concluir (2). É pois nesta matéria elemento de ponderação a culpa ou negligência.

A ausência não fundamentada pode determinar a pena disciplinar da suspensão (3).

Nem só a ausência é fundamento para a pena disciplinar da suspensão. O código administrativo, declarando no artigo 247 que o governador civil pode ser suspenso, disposição que não tinha precedente no código de 1886, e o mesmo dispendo nos artigos 275 e 300 em relação ao administrador de concelho e ao rejedor de paróquia, não teve em vista o facto da ausência, o qual está expressamente prevenido para os magistrados administrativos no já citado artigo 403 (4). Á portanto a pena disciplinar da suspensão para outros casos, além da ausência; e isto mesmo é confirmado pelas expressões — *outros abusos*

(1) *Cód. adm.*, art. 364 § 4.º

(2) *Veja. Cód. adm.*, art. 125 § 1.º

(3) *Cód. adm.*, art. 403.

(4) *Veja. ainda* art. 51 n.º 1º, 176 n.º 15, 250 n.º 11, 277 n.º 22, 301, 305 § 9.º

— do n.º 3 do artigo 411 e — *desleixo, erro de officio ou mau procedimento* — do artigo 447.

Pode succeder que a interrupção do serviço de um funcionário seja aconselhada pelas necessidades públicas, por circunstâncias especiais, sem que ao funcionário possa atribuir-se motivo justificativo da *pena* de suspensão; parece que, em tal caso, determinando-se a suspensão dêsse funcionário, ela não importa uma penalidade (1), e não lhe deve ser portanto aplicado o disposto no artigo 404 do código administrativo, do qual derivam, em regra, os efeitos da suspensão como pena.

A suspensão de funções importa a perda de vencimentos (2); mas se, em virtude de recurso, for julgada ilegalmente imposta, o funcionário suspenso tem direito ao ordenado que deixou de receber enquanto esteve inibido de exercer o cargo (3).

Em officio do ministério do reino de 31 de janeiro de 1900 (4) declara-se que a disposição do artigo 405 do código administrativo não é applicável ás suspensões que derivam da lei pelo facto de, nos termos do artigo 431, ser concedida licença para seguimento de processo instaurado contra algum funcionário administrativo, não se restituindo o ordenado do tempo dessa suspensão, ainda que o funcionário aja sido despronunciado. Conquanto já tenha sido abolida a garantia administrativa e não esteja em vigor o disposto no § 3.º do citado artigo 431, colhe todavia a doutrina referida para todos os casos em que a suspensão do funcionário não é imposta disciplinarmente e sim provém, como um efeito, quer de pena imposta em processo crime, quer do acto da pronúncia (5).

(1) Só para hipóteses tais, e ainda com dificuldade, se pode comprehender a suspensão do governador civil de que fala o artigo 247 do código administrativo. Será preferível em casos dêsses dar ao governador civil, uma qualquer comissão de serviço; nem é de supor que um governador civil suporte uma suspensão sem pedir a sua exoneração immediata.

(2) *Cód. adm.*, art. 404.

(3) *Cód. adm.*, art. 405.

(4) *Anuario*, cit., t. XII, p. 542.

(5) No código penal a disposições não só referentes aos crimes comuns, mas especialmente relativas aos crimes dos empregados públicos no exercício das suas funções, que devem ter-se

Dos artigos do código administrativo citados no decurso dêste número deriva a determinação da competência para a imposição da pena disciplinar de suspensão.

À regra jeral de competência do n.º 3 do artigo 411 do código administrativo fazem excepção os artigos 250 n.º 11 segunda parte, 275, 291, 300 e 305 § 9.º

116. — Reorganização de serviços.

Já sabemos que não pode negar-se ao estado a faculdade de modificar, alterar e mesmo suprimir serviços ou funções públicas. Quando um facto dêstes importe uma redução nos respectivos quadros do pessoal, isso poderá implicar para alguns funcionários um estado anormal, que corresponde a uma interrupção no seu serviço. Êles podem ser *licenciados* ou colocados na *disponibilidade*, até que, por virtude de vacaturas ou de outra remodelação de serviços, sejam chamados novamente ao exercício de funções. É claro que isto se não dá em relação a cargos, cujos funcionários possam ser discricionariamente demitidos.

SECÇÃO II

Cessação definitiva

117. — Preceito jeral.

Deve ter-se presente, como regra jeral, que nas funções, que teem o carácter de necessidade permanente ou mesmo de simples continuidade, o funcionário, ainda que chegue ao

em vista para a apreciação dos efeitos da pena, pois que entre êsses efeitos se encontra a perda de emprêgo ou funções públicas, ou sómente a *suspensão*, e porque também uma e outra podem ser impostas como pena principal. Vej. *Cód. pen.*, art. 57 pen. 9.ª, 58 pen. 3.ª, 59 pen. 1.ª e 2.ª, 63, 66, 71 e §, 72, 76 n.ºs 1 e 2, 77 e seus números, 78, 80, 81, e, especialmente para os crimes dos empregados públicos no exercício das suas funções, os art. 284 a 327.

Quanto à pronúncia, pode dizer-se que, em regra, ela não produz a suspensão do funcionário enquanto não passa em julgado, salvo se obriga a prisão. Vej. dr. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Nov. ref. jud. annot.*, p. 267, 209, 268.

termo de um período legal de serviço, não cessa o exercício respectivo, enquanto não for competentemente autorizado a fazê-lo ou legalmente substituído, a fim de que o cargo não fique ao abandono, sujeitando-se o funcionário a responsabilidade penal em caso de tal abandono (1).

118. — Serviço por períodos preficados; comissões especiais de serviço.

Nos cargos de eleição, sendo o funcionário eleito para período normal de serviço ficado na lei, a cessação definitiva do serviço do funcionário coincide com o termo do período para que foi eleito (2). Pode todavia o prazo normal ser alterado para menos ou para mais, por virtude de circunstâncias supervenientes previstas na lei, sendo de referir-se a da dissolução dos agentes colectivos, e a da prolongação legal do tempo de serviço (3). A própria vontade do funcionário pode concorrer para a antecipação do termo do exercício, quando a lei permite a *renúncia* do cargo (4).

Em relação a alguns cargos e serviços obrigatórios, como o cargo de rejedor de paróquia e o serviço militar, e em outros cargos de nomeação por período ficso, o termo da obrigação e a cessação definitiva do serviço opera-se, decorrido que seja o prazo legal da imposição ou o tempo preficado na lei. Em alguns destes casos pode dar-se a chamada *recondução*; mas esta, quanto ao ponto de que tratamos, equivale a uma nova nomeação.

Nas comissões especiais de serviço sem determinação de prazo a cessação definitiva dá-se cumprida que seja a comissão.

(1) Vej. *Cód. pen.*, art. 308.

(2) Vej.: para a função de deputado, *Cart. const.*, art. 34 e 75 § 1.º e lei constitucional de 24 de julho de 1885, art. 2; para a função dos corpos administrativos, *Cód. adm.*, art. 5, 132 e 234 e dec. de 2 de março de 1895, art. 5. Vej. GRIODI, obr. cit., t. I, p. 350, n.º 74.

(3) Assim, quanto à câmara dos deputados, vej. *Cart. const.*, art. 74 § 4.º e lei constitucional de 24 de julho de 1885, art. 7 § 2.º; quanto aos corpos administrativos, vej. *Cód. adm.*, art. 7, 17, 18 e §§, 19 e 41 e dec. de 2 de março de 1895, art. 14.

(4) Vej. dec. eleitoral de 8 de agosto de 1901, art. 103 e s.

119. — Incompatibilidade absoluta sobrevinda.

Do que dissemos sôbre incompatibilidades absolutas deriva facilmente que, sobrevindo ao funcionário de um cargo uma incompatibilidade desta natureza, ela poderá ser ou é causa da cessação definitiva do serviço dêsse funcionário quanto às suas anteriores funções, conforme a lei lhe permita ou não a *opção* (1).

120. — Promoção; transferência; baixa de posto ou de categoria.

Tratando-se de quadros de funcionários, em que o princípio da promoção seja adoptado, também esta faz abrir uma vacatura e cessar definitivamente o serviço do funcionário promovido no cargo que servia antes da promoção.

A transferência é uma outra causa de termo de funções.

As transferências podem ser pedidas pelo funcionário, ou ser superiormente determinadas: podem pois representar para o funcionário transferido — uma conveniência dêsse, — uma apreciação favorável do seu serviço, — uma necessidade ou conveniência do serviço público, — um desfavor ou castigo. É certo que a transferência parece não ser estabelecida pelo código administrativo como pena disciplinar e só resultar de uma conveniência ou necessidade do serviço público, visto não ser incluída nos artigos 403 e 411 n.º 3 ao lado das penas de suspensão e de demissão; todavia os artigos 265, 275 e 283 § 2.º levam-nos, mesmo dentro do código administrativo, a considerar a transferência como podendo também corresponder a uma pena disciplinar (2).

As transferências também se efectuam várias vezes por meio de permuta entre dois funcionários; mas estas permutas não podem realizar-se sem autorização superior.

(1) *Cód. adm.*, art. 9 e §. Vej. GRIODI, obr. cit., t. I, p. 354 n.º 77.

(2) Vej. o art. 291 e confr. com o art. 283 § 2.º

A baixa de posto, que se dá no exército como pena, ou a descida de classe ou de categoria entre os funcionários civis, fazendo voltar o agente ao exercício de um cargo inferior, é também causa de cessação de serviço do funcionário no posto ou cargo de que se acha decaído.

121. — Reorganização de serviços.

Se uma reorganização de serviços envolver a supressão de algum cargo, será ela também uma legítima causa de cessação definitiva do serviço do respectivo funcionário.

Todavia, tratando-se de cargos de natureza vitalícia, retirar com a supressão do cargo ao funcionário a garantia de voltar ao serviço público, ou não lhe manter o vencimento, embora na inactividade, repugna à ordem de obrigações que por parte do estado se criam para com o funcionário chamado com carácter vitalício ao exercício daquele cargo.

122. — Aposentação.

No termo *aposentação*, como mais jeral, incluímos as expressões—jubilação, reforma, ou qualquer outra equivalente: todas representam a passagem do funcionário da actividade do serviço à inactividade. Nesta situação a continuação da percepção de vencimentos corresponde à capitalização de que já falámos(1); por meio dela se procuram conciliar os interesses do empregado impossibilitado com os do serviço público.

A doença de carácter permanente, quando acompanhada de certo tempo de serviço, fundamenta a aposentação. A aposentação do funcionário, determinada por um limite de idade, ainda corresponde ao pensamento da impossibilidade física ou intelectual para o exercício das funções. Da aposentação se ocupam os artigos 373 e seguintes do código administrativo, em grande parte dos quais se reproduzem disposições do de-

(1) Vej. n.º 109, p. 313.

creto n.º 1 de 17 de julho de 1886, que trata das aposentações dos empregados civis; e com este último decreto prendem o decreto n.º 2 da mesma data, os decretos de 23 de agosto e de 14 de outubro seguintes, etc.

Nem a todos os servidores do estado é garantida a aposentação. A legislação anteriormente citada bem como o artigo 374 do código administrativo isso mostram. Todavia o citado decreto n.º 2 de 17 de julho de 1886 lança as bases para o preenchimento da falta da expressa garantia da aposentação a muitos funcionários do estado, tomando o termo funcionário na sua mais lata acepção.

A aposentação, é claro, estabelece um termo ao serviço do funcionário, embora ela não importe a plena cessação de relações entre o funcionário e a entidade pública a que o cargo respeita (1).

123. — Exoneração ou demissão.

Em jeral, quando um funcionário de cargo voluntário requiere o termo do seu serviço, diz-se no diploma respectivo ser êle *exonerado* a seu pedido; se a saída do cargo não é pedida, diz-se *exonerado*, ou *demitido*, conforme as circunstâncias. Mas nem sempre é escrupuloso o emprêgo dêstes termos, excepto tratando-se de uma demonstração de desconfiança ou de infligir uma pena, pois que então se usa do segundo termo.

A demissão é feita por diploma da mesma categoria do da nomeação, pela regra que manda fazer a exoneração pela mesma forma por que se fez a nomeação (2).

A exoneração ou demissão pode ser voluntariamente obtida, ou ser imposta; e nesta segunda hipótese ou pode ser motivada

(1) Vej., por exemplo, o art. 384 do código administrativo.

(2) O *Cód. adm.*, art. 247, que entendeu dever indicar o diploma da exoneração, quanto ao governador civil, não o designa, quanto ao administrador e ao rejedor. É em virtude também da referida regra que, em jeral, o governador civil *propõe* a exoneração dos administradores de concelho, e o administrador *propõe* a dos rejedores. Vej. art. 270 e 294.

na conveniência do serviço (na qual se envolve a desconfiança da autoridade superior), tratando-se de cargos não vitalícios, ou, para cargo de qualquer natureza, assentar em razão disciplinar, constituir pena criminal, ou derivar dela como efeito. No primeiro caso desta segunda hipótese a vontade da autoridade superior manifesta-se discricionariamente, demitindo o funcionário(1); no segundo e terceiro casos, e sem atenção à natureza amovível ou vitalícia dos cargos, a pena de demissão é imposta, mediante prévio processo disciplinar (2) ou criminal.

O código administrativo refere-se à demissão como pena disciplinar nos artigos 403 e 411 n.º 3, os quais encerram os preceitos jerais (3).

Quanto à competência para a imposição da pena disciplinar de demissão, a regra jeral do n.º 3 do artigo 411 do código administrativo não é modificada, como o é para a pena de suspensão, antes sim confirmada pelos artigos 275, 300 e 305 § 9.º. O artigo 291 conteria uma excepção, quanto ao secretário da administração de concelho ou bairro, parecendo atribuir ao respectivo administrador a faculdade de o demitir, se o artigo 283 não dissesse que o governador civil é o competente para demitir aquele funcionário.

O pedido da exoneração não é por si bastante para pôr termo ao serviço do funcionário; êste deve manter-se em exercício enquanto a exoneração lhe não for dada ou por outra forma não for dispensado do serviço; aliás poderá incorrer no crime de abandono de emprego (4). O caso assume maior gravidade no campo do direito penal militar (5).

(1) Vej. *Cód. adm.*, art. 247, 275, 300.

(2) Vej. *Cód. adm.*, art. 447, 283.

(3) Vej. dec. de 15 de dezembro de 1891. Entre os diversos artigos do código administrativo em que se fala de demissões de carácter disciplinar convém especializar os art. 97 § ún. e 103 § 1.º, sendo de notar que no § ún. do art. 97 se não observa a regra jeral de competência do n.º 3 do art. 411.

(4) Vej. *Cód. pen.*, art. 308; *Cód. adm.*, art. 125 § 3.º

(5) Vej. *Cód. de just. militar*, art. 100, 101, 110, 114; *Cód. de just. da armada*, art. 107

Como pena ou como efeito de pena também a demissão tem lugar no código penal (1).

124. — Morte.

Mors omnia solvit.

Êste termo do serviço do funcionário traz aos seus erdeiros ou representantes o natural dever de participarem o acontecimento ao superior jerárquico; mas, se o funcionário houver sido exactor da fazenda pública, terão os seus erdeiros de prestar as contas que eram da responsabilidade do falecido, e, dadas estas e declaradas conformes, fica extinta a sua responsabilidade para com o estado e lhes assiste o direito ao levantamento da respectiva caução (2).

125. — Conquista ou anecsção de território.

Prende êste ponto com o direito público internacional.

As providências do estado conquistador ou anecsante regularão a situação dos funcionários que o foram do outro estado; mas, tendo em vista essa situação, a conferência de Bruxelas de 1874 para a codificação do direito da guerra exarou no artigo 3 do protocolo final que os funcionários e empregados possam, a pedido do estado occupante, consentir em continuar no exercício das suas funções; e em tal caso terão direito a ser protegidos, não podendo ser licenciados nem punidos disciplinarmente, excepto se faltarem às obrigações assumidas, mas devendo ainda então ser submetidos a um processo regular. É fácil sugerir casos excepcionais em que o conquistador possa impor aos funcionários de certas ordens de serviços a sua continuação; como se antolha regra jeral que o funcionário tenha a faculdade, salvo nesses casos, de sair do serviço.

(1) Vej. *Cód. pen.*, art. 57 e s., 76 e s., 284 a 327, etc.; GIRIODI, obr. cit., t. I, p. 350 n.º 75, p. 253 n.º 76.

(2) Vej. GIRIODI, obr. cit., t. I, p. 349 n.º 74.

Se a anecsação se fizer por acôrdo dos dois estados, deverá no tratado respectivo inserir-se tudo o que possa salvar os direitos dos funcionários e protegê-los.

Dos factos pois da conquista ou da anecsação pode derivar o termo do serviço do funcionário(1).

SECÇÃO III

Suprimento da cessação de serviço do funcionário

126. — Como se supre o impedimento ou a vacatura.

Os serviços públicos não sofrem, em jeral, interrupção; e assim, ou se trate de um impedimento, ou se trate da falta definitiva do funcionário, enquanto a vacatura não é preenchida por agente efectivo, deve sempre aver quem desempenhe as funções respectivas.

Em muitos casos as leis dão substitutos aos funcionários efectivos, e serão estes os chamados; outras vezes, sem propriamente darem substitutos aos funcionários, previnem, dispondo quem fará as suas vezes(2).

Se a lei não dispõe expressamente acêrca do suprimento, compete aos chefes dos serviços de que se trata prover de remédio, designando quem interinamente desempenhe o serviço do funcionário impedido ou do cargo vago, até que aquele impedimento cesse ou a vacatura seja preenchida(3).

(1) GIRIODI, obr. cit., t. I, p. 355, n.º 78.

(2) Vej. *Cod. adm.*, art. 45 e §§, 114, 125 n.º 6, 159 § 1.º, 245 e §, 266 a 268, 273 e § 1.º, 284, 299, 305 § 4.º, etc.

(3) Vej. *Cod. adm.*, art. 273, § 1.º, 243, 269 e 277 n.º 5.

TÍTULO III

Sistemas de administração e coordenação jeral da acção administrativa

127. — Justificação da matéria.

Na vida administrativa figuram com o estado e dentro dele outras entidades menores de natureza pública administrativa, que correspondem a administrações distintas entre si, embora também entre si e com o estado coordenadas; e tanto o estado, entidade jeral superior, como cada uma daquelas entidades mais restritas teem os seus officios públicos, prepostos aos quais estão os funcionários respectivos. E se na total vida administrativa do estado, se na correlação dessa vida com a pluralidade de esferas da acção administrativa e de órgãos que a realizam, não pode cada uma de tais esferas nem cada um dêsses órgãos participar cumulativamente na realização dos factos de toda essa vida administrativa; se a actividade das diferentes entidades administrativas se traduz em serviços de variada natureza e extensão, que aos funcionários são cometidos: — necessário se torna determinar as respectivas competências, tanto em relação às diferentes entidades administrativas, como em relação aos funcionários dentro de cada uma dessas esferas da administração, e bem assim realizar a coordenação jeral de toda a vida administrativa do estado, quer pela tutela e injerência administrativa, quer pela superintendência, inspecção ou fiscalização superior. Isto importa o estudo dos sistemas de administração, no qual avulta a apreciação dos termos e alcance dos conceitos de centralização e de descentralização administrativa.

CAPÍTULO I

Centralização e descentralização

SECÇÃO I

Determinação do problema

128. — Noções jerais; espécies.

Centralizar é reunir todas as funções ou atribuições em um centro ou chefe, para daí derivar e fazer seguir a sua acção até as extremidades; *descentralizar* é desligar do centro, dando uma independência relativa às subdivisões.

Esta terminolojia, derivada da mecânica, é pouco feliz, diz BLUNTSCHLI (1), porque as partes de uma máquina não tem independência alguma, estando até fora dela o espírito que a anima, emquanto que no estado, quer no centro, quer na circumferência, á omens, isto é, inteliência e liberdade.

É assim impossível uma centralização absoluta, como é também absurda uma plena descentralização.

Diz o sr. dr. LARANJO (2) que para aver uma centralização absoluta era necessário que cessasse toda a vida individual administrativa própria, e para aver uma descentralização absoluta era necessário que a sociedade se dissolvesse; que a questão da centralização e descentralização não é uma questão de centralização e descentralização absoluta, mas uma questão de graus, de proporções entre a quantidade de funções sociais que se devem subordinar a um centro e as que se devem deixar sem essa subordinação; que é um problema de distinção

(1) *La politique*, trad. de ARMAND RIEDMATTEN, 2.^a ed., Paris (Guillaumin et C.), 1883, p. 307.

(2) Obr. cit., p. 39.

de atribuições do estado e dos seus agentes, dos corpos administrativos e dos indivíduos, do mesmo modo que o foi o da separação dos poderes fundamentais do estado; que é uma subdivisão nas atribuições desses poderes, e determinada pelos mesmos princípios e com os mesmos fins com que aquella se fez.

Procurando resolver o problema, fez TOCQUEVILLE pela primeira vez a distinção da centralização em — *política e administrativa*. Concentrar no mesmo lugar ou nas mesmas mãos o poder de dirijir os interesses comuns a todas as partes da nação, tais como a formação das leis jerais e as relações do povo com os estrangeiros, é a centralização política ou governamental; concentrar num mesmo lugar ou nas mesmas mãos o poder de dirijir os interesses especiais a certas partes da nação, tais como, por exemplo, as obras dum município, eis a centralização administrativa (1).

Posteriormente a TOCQUEVILLE procuraram os escritores esclarecer a distinção por êle feita. BATBIE (2), que é seguido por PRADIER (3), diz: — «A centralização sempre que se estabelece um poder preponderante, que dispõe, pelas ordens emanadas de um ponto central, das forças disseminadas sobre a superfície de um estado: é a *centralização política*. Á também centralização quando a autoridade central, em vez de deixar as fracções do estado, tais como o departamento, a comuna, jerir os seus negócios na sua sede, se substitui às autoridades locais e atrai ao centro as questões que se produzem nas extremidades: é a *centralização administrativa*».

Na mesma ordem de ideas, diz o sr. dr. LARANJO (4) que a centralização administrativa consiste em o govêrno central atrair a si ou aos seus agentes, para os resolver em última instância, os negócios que se produzem no país, e que não são

(1) TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 16.^a ed., Paris (Michel Lévy Frères), 1874, t. I, cap. V, p. 142.

(2) Obr. cit., t. IV, p. 422.

(3) Obr. cit., p. 20.

(4) Obr. cit., p. 41.

de mero interêsse particular, não os deixando resolver aos corpos locais (1).

Além da centralização, — *política e administrativa* —, BATBIE ainda fala de uma terceira espécie, que deriva da conjunção daquelas, — a *centralização moral* —, a qual corresponde à exuberância de vida que se manifesta nas capitais dos estados.

Também AZCARATE (2) fala de centralização *social, política e administrativa*, dizendo que a centralização social converte o estado em supremo director da vida; que a centralização política conduz à organização unitária, e que a centralização administrativa absorve no estado nacional toda a função executiva. E POSADA (3), aceitando as três espécies, discorda todavia de AZCARATE, quanto ao conceito de centralização administrativa, pois diz que ela não consiste na absorpção a que aquele autor se refere, sendo sim a consequência pela qual os serviços administrativos terão de ser prestados segundo as exigências da centralização política; e considera que a tendência a aumentar no estado a maior soma de funções sociais implica um critério de centralização *social*.

A centralização política é em jeral avida como necessária à unidade de um estado e à igualdade de direitos dos súbditos. Não é porém nosso intuito discorrer aqui acêrca desta espécie de centralização, nem tão pouco da centralização moral e social, mas sim da centralização e descentralização administrativas, ou antes desta última, visto que ela pressupõe o conceito da centralização administrativa, correspondendo a uma tendência a deter-lhe os efeitos.

POSADA caracteriza a centralização pura nos seguintes termos: — 1.º, a administração do estado considera-se obra do

(1) É preciso não confundir a centralização política com a indistinação dos poderes do estado, pois que esta pode existir ao lado de uma descentralização política, como sucedia no regime feudal, e, reciprocamente, pode dar-se a centralização política a par da distinção dos poderes, como se verifica nos modernos estados representativos. Vej. dr. LARANJO, obr. cit., p. 40.

(2) *El Selfgovernment y la Monarquía doctrinaria*, p. 196, citado por POSADA, *Der. adm.* cit., t. I, p. 249.

(3) Log. cit.

poder central e os funcionários, que administram, agentes subordinados do dito poder; 2.º, os centros políticos territoriais são dependências do estado central; 3.º, do poder central é que dimanam as leis a que devem submeter-se as manifestações territoriais administrativas; 4.º, os funcionários são designados e estão debaixo da inspecção e direcção do poder central; 5.º, o poder central assume a maior soma possível de serviços administrativos; 6.º, a administração é essencialmente burocrática: o elemento representativo é limitado e está sujeito à tutela do poder central; 7.º, as corporações não são pessoas jurídicas, mas dependências do estado; 8.º, a função administrativa depende do poder executivo.

129. — A história, e a prática dos estados de origem latina; tendência dos escritores modernos.

Pondo de lado o caso de guerras exteriores, que sempre impeliram à centralização, mostra-nos a história que nos países onde o feudalismo mais actuou ou onde a grande propriedade foi predominante os factos são pela tendência descentralizadora na administração pública; que nos estados influenciados pelas tradições do império romano ou de propriedade bastante dividida a tendência centralizadora se manifesta na administração.

Após a revolução de 1789 a França tornou-se o estado típico de uma excessiva centralização administrativa, já actualmente modificada. A esses exajeros centralizadores se attribuiu em grande parte o desastre de 1870, e os próprios elementos conservadores daquele estado, condenando o erro, sustentavam em Versailles em 1871 a necessidade da descentralização.

Desde bastantes anos antes que, ao lado de autores centralizadores, como CORMENIN, GUIZOT e outros, uma pléiade numerosa de escritores como TOCQUEVILLE, ROYER-COLLARD, CHEVILLARD, VIVIEN, BATBIE, PRADIER, DUCROT, etc., defendia a descentralização administrativa a par da centralização política, constituindo a escola de administração, que se pode denominar a escola clássica francesa.

Êstes escritores consideram, em jeral, o problema como tendo um aspecto essencialmente prático, devendo resolver-se, quanto ao grau de descentralização, em vista das circunstâncias.

A escola francesa actuou nos escritores dos demais estados de orijem latina, tornando-se a dominante, embora um ou outro autor se mostrasse adepto da centralização administrativa, como, por exemplo, COLMEIRO em Espanha, o qual, seguindo o pensamento de GUIZOT (1) de que — a administração é o complexso de meios tendentes a transmitir a vontade do poder central a todas as partes da sociedade e a fazer reunir nesse poder as fôrças da mesma sociedade, quer em omens quer em dinheiro —, diz que a acção administrativa é a própria actividade social, ou a reflectão das fôrças individuais, que se concentram para constituir o poder político, o qual as irradia para formar a administração (2).

Em Portugal, MOUSINHO DA SILVEIRA, no relatório que precede os célebres decretos n.^{os} 22, 23 e 24, de 16 de maio de 1832, dizia que o bem comum exige que os cidadãos regulem por si os interêsses locais, porque são domésticos e de família; e o lejislador não pode como êles estar tanto ao alcance do que lhes convém; que, se o govêrno não vija êste direito, estabelece a divisão e a escravidão pessoal; e, se o usurpa, adopta como princípio o despotismo.

O espirito descentralizador do grande estadista foi atraído pela imitação da legislação francesa dessa época, toda assente no sistema centralizador. A legislação posterior tem obedecido quasi que alternativamente às tendências centralizadoras ou descentralizadoras dos governos, mas, quanto a estas, dominadas em jeral por uma mal comprehendida descentralização.

Pelo que respeita aos nossos escritores, estes tem seguido a orientação descentralizadora da escola clássica francesa, po-

(1) *Histoire de la civilisation en Europe*, Paris (Didier et C.^e), 1871, llção 14.^a, p. 396.

(2) *Derecho adm. español*, ed. cit., t. I, p. 10, n.^o 16.

dendo referir-se o dr. JUSTINO DE FREITAS (1), LOBO D'AVILA (2), que mais desenvolvidamente trata o assunto, e especialmente o sr. dr. LARANJO (3).

130 — Aspectos e limites do problema da descentralização administrativa.

No estudo da descentralização administrativa duas direcções jerais e distintas desde logo se apresentam: — uma que respeita à divisão dos serviços administrativos pelas diferentes entidades públicas administrativas, indagando quais os que devem pertencer à administração jeral do estado e quais os que devem ser desempenhados por a administração particular das entidades menores autárquicas; — outra que atende, dentro da administração jeral do estado, à distribuição dos respectivos negócios entre a administração central e a local (4). O primeiro problema envolve o da verdadeira *descentralização administrativa*; o segundo, o qual se refere aos officios locais governativos que entram no conceito da administração directa do estado, é o problema da *descentralização burocrática* ou *jerárquica*, que outros melhor denominam *desconcentração de atribuições*.

O primeiro problema ainda, segundo SANTI ROMANO (5), se desdobra, porque, sendo as entidades administrativas menores do que o estado — ou aggregações de população e território, ou simplesmente entidades institucionais sem base territorial orgânica (6) —, e umas e outras realizando serviços na total administração pública do estado, também em relação a umas e outras á a considerar o problema da competência na distri-

(1) Obr. cit., p. 23-27.

(2) Obr. cit., p. 69 e s.

(3) Obr. cit., p. 39 e s.

(4) Vej. n.ºs 27 e 28.

(5) *Dicentramento amministrativo*, artigo publicado na *Enciclopedia juridica italiana*, vol. 4.º, parte 1.ª, 1897.

(6) Pode não ser estranho à descentralização institucional o critério territorial; ela todavia tem como critério predominante o da especialidade de serviços públicos.

buição dêsses serviços: dêste modo, ao lado de uma descentralização autárquica territorial ou circunscricional, á uma descentralização autárquica institucional (1).

O termo *autarquia* foi empregado por SANTI ROMANO; e FERRARIS considera a palavra *autarquia*, pela qual se deve entender — o livre desenvolvimento da própria actividade na esfera de acção determinada pela lei —, como preferível à de *autonomia*, jeralmente usada, visto que as entidades locais não podem *legislar por si mesmas*, mas só administrar livremente nos limites e segundo as normas ficsadas por lei.

Não aceita porém FERRARIS a divisão, que aquele autor faz, da descentralização autárquica em *territorial* e *institucional*, porque as entidades que exercem funções estatucionaís ou são de administração *directa* do estado, e então são *institutos públicos*, ou são de administração *indirecta* ou, antes, *delegada*, e então são *instituições públicas*. A autarquia é um principio de aplicação jeral, o qual tanto pode referir-se às circunscricções territoriais, como às diversas instituições públicas, podendo aver uma autarquia territorial ou local e uma autarquia institucional; mas com esta última, diz o referido escritor, não tem relação a descentralização administrativa, a qual só se applica às circunscricções territoriais na distribuição de funções entre o govêrno central e a administração local; as funções das entidades institucionais, separando-se do número das funções do estado própriomente ditas, constituem um problema fundamental de administração social, que, quanto ao estado, se formula negativamente nos termos seguintes: — funções que o estado não deve exercitar por os seus órgãos centrais

(1) PRESUTTI, cit. *Instit. de dir. amm.*, t. I, p. 175, também divide a descentralização orgânica em descentralização territorial e descentralização institucional. LACAVA, *La finança locale in Italia*, Torino (Roux), 1896, dividiu a descentralização em *institucional*, *administrativa* e *burocrática*; sendo porém de notar que a palavra *administrativa* não pode ser adoptada para caracterizar uma das espécies, que apresenta, de descentralização, visto que dentro da *administração* pública também as outras espécies de descentralização se realizam. Vej. CARLO FERRARIS, *Teoria del dicentramento amministrativo*, 2.^a ed., Milano (Remo Sandrou), 1898, p. 1 a 3.

ou locais, e sim deixar à livre iniciativa dos particulares, sós ou associados (1).

Cremos que diverso alcance tem o problema quando considerado na sua aplicação jeral, ou quando visto sob um aspecto mais restrito e característico.

Se se quizer atender a toda a acção administrativa pública do estado, procurando determinar as competências para o desempenho dessa acção pela observação do que se tem passado, do que sucede e do que deve dar-se nos diferentes estados, não pode deixar de se reconhecer que a acção ou intervenção na acção administrativa pública tem sido, é e continuará a ser exercida não só pelos elementos de que fala FERRARIS mas também, complementar ou aussiliarmente, por as entidades institucionais, a que se referem LACAVA e SANTI ROMANO, e que ainda, sob um aspecto de delegação, ela o tem sido e pode ser por empresas ou sociedades de natureza particular e até por simples cidadãos; e é igualmente certo que, tanto em relação às autarquias territoriais como às institucionais e tanto a respeito dos indivíduos associados particularmente como singularmente considerados, o estado pode ampliar ou restringir, como que descentralizar ou centralizar, a esfera de acção ou de intervenção na acção administrativa, quer de carácter obrigatório, quer de livre determinação. O problema portanto, no seu aspecto mais jeral, vai ainda além dos termos dos escritores referidos, e pode enunciar-se assim:— Quais as funções de administração pública que o estado deve exercer por meio dos seus órgãos, quer centrais quer locais governativos, e por meio das entidades autárquicas territoriais; quais as que, complementar ou aussiliarmente, pode atribuir às entidades institucionais, e quais as que pode confiar aos indivíduos, quer associados particularmente, quer singularmente considerados. Deve também notar-se que se não dá uma determinação exclusiva de funções em relação a cada

(1) FERRARIS, obr cit., p. 5 e s.

ordem dos agentes indicados; actos da mesma natureza podem ser exercidos por agentes de ordens diferentes: assim, o serviço de viação é desempenhado por órgãos da administração jeral e das autarquias territoriais e ainda por empresas; a beneficência pública é exercida por uns e outros daqueles órgãos e por as entidades institucionais; a instrução pública pode ser administrada por agentes de todas as espécies designadas.

Mas o problema tem um mais característico e restrito sentido.

Os agentes locais governativos são elementos indispensáveis de que o estado se serve para nas diferentes partes do seu território realizar a administração jeral, são elementos componentes dessa mesma administração, — e o objecto desta não se restringe ou amplia por entre os agentes centrais e os locais governativos variar a distribuição das atribuições respectivas à mesma espécie de administração. Retirar aos órgãos centrais da administração jeral algumas atribuições para as entregar aos agentes locais da mesma administração ou reciprocamente, é uma questão de conveniência ocasional ou de comodidade de governo. Á pois aqui antes uma desconcentração de atribuições do que propriamente uma descentralização ou centralização, embora se lhe chame burocrática ou jerárquica, visto que êste movimento se opera dentro da mesma entidade e se mantém dentro da mesma administração jeral.

Por outro lado, as entidades institucionais desempenham á função de órgãos complementares na administração, quer esta seja jeral, quer circunscricional, sendo em uns casos a própria administração jeral ou a circunscricional que suscita a sua criação, aproveitando em outros casos a iniciativa particular para o estabelecimento dessas entidades. Por se dar êste estabelecimento não aumenta nem diminui em qualquer daquelas administrações a competência para serviços da mesma natureza dos de que tais entidades se occupam, podendo concorrentemente com elas desempenhar idénticos serviços; não á assim qualquer transferência de atribuições de umas para outras en-

tidades administrativas. Não se ventila pois aqui o verdadeiro problema da descentralização ou centralização administrativa.

O mesmo se pode dizer da intervenção dos indivíduos, particularmente considerados, na vida administrativa pública, e em que êles figuram não como órgãos próprios das entidades públicas, não como seus funcionários, mas como simples particulares investidos por delegação ou da autorização por lei em uma função de administração pública ou de fiscalização, em relação aos quais não á também que ver qualquer determinação de competência exclusiva de atribuições e portanto o verdadeiro problema da centralização e descentralização.

O problema da verdadeira descentralização administrativa fica assim restrito ao jôgo de atribuições entre a administração central e as autarquias circunscricionais. As duas esferas de actividade, sem deixarem de ser coordenadas na total administração pública do estado, e mesmo aussiliando-se recíprocamente em alguns serviços, excluem-se todavia na sua competência característica respectiva. O problema, neste sentido restrito ou próprio, prende com as liberdades públicas e com o gôzo dos direitos dos cidadãos; estão-lhe ligadas as tradições históricas das lutas entre as tendências absorventes do poder central e as pretensões de autonomia local.

SECÇÃO II

Desconcentração de atribuições e descentralização administrativa

131. — Desconcentração de atribuições.

Na distribuição dos negócios da administração jeral do estado por a administração central e por a administração local governativa se comprehende a questão da desconcentração de atribuições ou descentralização jerárquica ou burocrática; mas esta não os abraça a todos êles. Entre as atribuições da administração jeral algumas á que teem necessariamente de ser

desempenhadas pelos agentes locais governativos, como á outras que não podem deixar de ser affectas aos órgãos centrais; e não é acêrca de quaisquer destas attribuições que se pode discutir a questão da desconcentração, mas sim em relação àquellas funções, cujo exercício pode indifferentemente ser attribuído aos órgãos centrais da administração jeral ou aos seus agentes locais (1). Dentro dêste campo pode o problema revestir dois aspectos: — qual a tendência que se deve preferir, se a concentrar, se a desconcentrar; qual o limite que no desenvolvimento da tendência preferida deve servir de critério à divisão das attribuições, que formam o conteúdo do problema, entre os órgãos centrais e os órgãos locais governativos.

Em favor da concentração de attribuições pode alegar-se que: — *a*) a unidade de direcção superior produz melhor uniformidade na administração, do que provindo esta de agentes locais diversos, os quaes, sem uniformidade de critérios, podem ser causa de prejudicial disparidade de acção administrativa de circumscrição para circumscrição, e tanto maior quanto mais largos forem os poderes discricionários concedidos àqueles agentes; — *b*) nos officios centrais pode aver maior cópia de conhecimentos, o que esclarece a resolução dos negócios; — *c*) longe dos lugares e das pessoas onde ou entre quem se ajitam os interesses, a sua decisão será mais imparcial, evitando-se um dos dois males que podem derivar dos agentes locais: — ou, dominados por paixões políticas, o exajero da pressão administrativa pela maior facilidade das invasões e abusos, com prejuízo muitas vezes da segurança e liberdade dos indivíduos; ou, inversamente, a condescendência com as pressões locais, fazendo uma administração parcial e pouco enérgica; — *d*) avendo muitos negócios do mesmo jénero a resolver, êstes podem ser tratados no centro da administração por um número de empregados muito menor do que o neces-

(1) Entre nós, por ex., o código administrativo dá no art. 252 n.º 9 competência ao governador civil para a aprovação de estatutos de determinados institutos e associações, attribuição que antes do dec. de 22 de outubro de 1868 era da competência do govêrno.

sário para a sua resolução nos diferentes lugares, obrigando neste caso à criação de uma larga burocracia local governativa com uma despesa muito maior.

Em defesa da desconcentração pode dizer-se que: — *a*) ela facilita a expedição dos negócios, os quais não se acumulam em tão grande número na administração central, e esta, assim, não reunindo um pessoal tão numeroso, terá menores tendências absorventes; — *b*) melhor e mais solícitamente se pode governar sobre o local onde surge o negócio e as necessidades se sentem, porque aí a autoridade local, em mais estreito contacto com os interessados e com o testemunho vivo do facto, melhor pode apreciar essas necessidades, suprimindo pelo superior conhecimento prático das cousas a presunção de inferiores conhecimentos teóricos; — *c*) a resolução dos negócios pode ser mais pronta e económica, quando feita no próprio local, do que estando a cargo dos agentes centrais, distanciados dêsse local; — *d*) enfim, ela dá maior independência e responsabilidade ao agente administrativo local, o qual, longe do superior central, não lhe presta uma obediência servil e mais preso se sente à resolução que der aos negócios.

Em face das razões aduzidas, facilmente se comprehende que, adoptando embora a tendência desconcentradora, o critério a seguir na desconcentração de atribuições tem muito o carácter de oportunidade, sendo indispensável atender, entre outras, as condições jeraes de moralidade e de cultura intelectual em relação com a natureza especial de cada serviço.

132. — Descentralização administrativa propriamente dita.

Para aver descentralização administrativa é preciso, como diz o sr. dr. LARANJO (1), que aja o exercício livre das atribuições dos corpos locais por elles mesmos, sem injerência do govêrno, além da inspecção, para submeter os seus actos ao poder judicial, quando elles contrariem as leis.

(1) Obr. cit., p. 41.

A descentralização autárquica territorial corresponde ao livre desenvolvimento da actividade das entidades circunscricionais na esfera de acção que lhes é determinada pela lei. Ora, sendo estas entidades órgãos integrantes da administração pública do estado, quais as funções que desta administração lhes devem ser confiadas? Eis o problema que agora ventilamos.

Também aqui, como em relação à desconcentração de atribuições, o problema reveste os dois aspectos:—o da tendência preferível e o do critério delimitador no desenvolvimento dessa tendência.

A corrente centralizadora inscreve nomes valiosos; mas de entre êles destacaremos apenas, atenta a índole do nosso trabalho, o nome do caloroso propugnador de tal sistema, DUPONT WHITE, o qual em uma desenvolvida monografia (1) procura justificá-lo, quer directa, quer indirectamente. Para êste autor a centralização significa conjuntamente unidade de govêrno e preponderância de uma capital; êle estuda-a como um *princípio de nacionalidade*; vê-a em relação aos indivíduos no direito de apelação, e em relação às localidades na tutela administrativa como necessária para protecção das minorias. Entende êle:—*a*) que as nações mais livres são as que melhor realizam o princípio da unidade política;—*b*) que a centralização é sinal de força e de grandeza e de civilização;—*c*) que os impérios se esfacelam com a descentralização;—*d*) que a descentralização conduz ao despotismo de campanário, tanto mais intolerável, quanto aqueles que o exercem estão em quotidianas relações com as minorias sacrificadas;—*e*) que a descentralização alarga o poder dos conventículos locais, favorece e aumenta as pequenas tiranias, que são a praga da província, e compromete a ordem pública e a segurança do país.

Tem-se também dito que a partir das mais elementares aggregações se chega ao estado, associação mais perfeita, e que assim as funções sociais, que, à falta de melhor tipo de socie-

(1) *La centralisation*, 3.^a ed., Paris (Guillaumin et C.^e), 1876.

dade, se exerciam na família, tribo ou comuna, deverão passar ao estado, surtido êste, pois que aí se encontram a mais completa compreensão das necessidades sociais, a mais firme vontade de as satisfazer, mais sereno o juízo, mais abundantes os meios e as fôrças, deixando às comunidades menores sómente o concurso indispensavelmente exijido para a execução da vontade social no local onde ela deva verificar-se (1).

Pode ainda pretender-se que a centralização é condição essencial para a igualdade dos cidadãos em relação aos seus direitos e deveres, benefícios e encargos.

Na corrente descentralizadora, a escola clássica francesa defende, com a distinção de TOCQUEVILLE, ao lado da centralização política a descentralização administrativa. Entre os escritores desta escola figura ODILON-BARROT, que em monografia, que teve grande vulgarização (2), combate a centralização, estudando-lhe os efeitos relativamente aos costumes, às classes nas suas relações recíprocas, à prosperidade do país, à estabilidade dos governos e às instituições representativas.

Em favor da descentralização administrativa pode dizer-se: — a) que os agregados menores dentro do estado não podem por êste ser destruídos, nem êle os cria, antes os organiza de um modo mais perfeito em correlação com o mesmo estado; pois com efeito o estado, entidade superior, não é um organismo simples, mas sim um organismo complexo, em que vivem êsses outros organismos menores, todos coordenados em vista daquela unidade superior; — b) que pela descentralização administrativa êsses agregados menores, participando das vantagens daquela sociedade mais perfeita, não perdem por manterem as atribuições que já possuíam, visto que as necessidades locais melhor se compreendem, se cuidam e se satisfazem nas associações locais, embora menos perfeitas, do que na sociedade jeral, apesar de mais perfeita; — c) que a perfeição social não tem um sentido absoluto, mas relativo a

(1) MEUCCI, obr. cit., p. 164.

(2) *De la centralisation et des ses effets*, nova ed. (Didier et C.), Paris, 1870.

certas qualidades de necessidades, pois que nem em todas as necessidades e vantagens ela é proporcional à extensão numérica das povoações, mas sim se encontra ora na maior, ora na média, ora na inferior, segundo essas necessidades correspondem a sentimentos mais amplos e elevados ou a sentimentos mais restritos e umildes, e semelhantemente requerem meios mais poderosos ou mais modestos; — *d*) que da descentralização derivam a melhor comodidade e utilidade da administração, as quais mais se encontram nos officios da administração particular, prósimos dos administrados, sendo aí mais immediata, enérgica e viva a consciência e mais enérgico portanto o estímulo presumido da necessidade e repressivo da responsabilidade. Nestes termos se exprime MEUCCI (1).

Considerando a centralização como um mal social, já KRAUSE entendia que a justa separação das esferas sociais não é apenas uma garantia da verdadeira liberdade social, mas sim que também só ela poderá neutralizar os efeitos, muitas vezes desastrosos, que as mudanças bruscas ou violentas no poder político arrastam a todo o corpo social; pois bem se compreende que nas organizações políticas em que muitos corpos partilham do poder, onde á, por exemplo, uma forte organização comunal e provincial, a marcha da administração e de toda a vida política é mais regular e menos exposta às flutuações contínuas da política jeral (2).

133. — Critério delimitador da descentralização.

Se a natureza das cousas e a história, se a razão e a prática nos encaminham à tendência descentralizadora, qual o critério delimitador desta tendência? É o segundo aspecto do problema.

Exporemos o que a este respeito diz MEUCCI, por nos parecer que, à parte o que inevitavelmente tem de vago e de indeciso quanto ao fundo da questão, é todavia a sua doutrina a preferível.

(1) Obr. cit., p. 165.

(2) Vej. DARIMON, obr. cit., p. 150.

A fórmula de TOCQUEVILLE — que em política se deve centralizar e descentralizar em administração —, sendo verdadeira em teoria, não pode servir de critério prático, pois que assenta no discutível problema da distinção entre a administração e a política. Se por esta se entende o alto govêrno, o cuidado dos altos interêsses morais do estado como unidade, o critério fica menos verdadeiro e excessivo, levando a negar toda a administração central e portanto não a resolver mas a truncar o problema dos limites entre as duas administrações; se na política entra o curar de todos ou de alguns dos interêsses materiais e económicos da sociedade até uma certa extensão, — qual êste limite, tanto em qualidade como em quantidade?

Outros vão buscar o princípio regulador ao conceito da unidade do estado, segundo o qual se devem confiar ao govêrno central os negócios e officios, sem os quais aquella unidade se quebraria, e entregar os outros às entidades administrativas locais. Êste critério porém não difere substancialmente do anterior, desde que a fórmula se entenda no sentido de se attribuir à administração central como missão própria o manter a unidade do estado. Embora por isso mais precisa a fórmula, ela não é perfeita e totalmente verdadeira, se se reconhecer como conceito mais integral do estado e do seu fim o ser instituição não de simples necessidade e de existência, mas de entidade perfeita, moral, factor de vida e de progresso; porquanto, se êste é o conceito e o fim do estado, não será aceitável que o critério que o define na sua missão superior e central deixe de incluir também com a idea da unidade e da existência a do aperfeiçoamento moral e económico social, e de suscitar portanto todos os interêsses e serviços necessários, no grau e na intensidade que o sejam, não só à existência, mas ainda ao desenvolvimento do consórcio social.

Melhor parece o critério que se inspira e se informa na substância ou, melhor dizendo, no *conteúdo* da administração, isto é, nos negócios, nos officios, nos interêsses em relação ao seu sujeito. Êstes, sob tal aspecto, dividem-se em jerais e lo-

cais ou particulares; e segundo esta distinção pode-se decidir se deve attribuir-se a respectiva competência à administração do centro ou à dos lugares. Êste critério depende directamente da idea da dupla administração e da relação natural entre uma e outra. Nada mais regular do que dizer: — cada administração cure dos seus interesses.

Mas quais são os interesses jerais e quais os particulares? Se isto fôsse claro, não surtiria a questão da descentralização administrativa. Podendo o jeral não ser mais do que a soma dos particulares, é natural perguntar-se se será ou não necessário que os interesses jerais sejam tratados por um organismo diferente dos organismos particulares. Por outro lado, raro succede que o interesse seja tão circunscrito a uma fracção de território ou de população, que não se reflita sobre outras fracções e sobre o todo.

E pois necessário descer aos critérios concretos. Ora sendo a jeneralidade e a particularidade de um interesse a relação entre o interesse e o sujeito, esta relação pode ser diversamente determinada.

Os interesses podem ser jerais *essencialmente* pela sua universalidade e indivisibilidade, pela solidariedade de todos os cidadãos relativamente a êsses interesses, como os da integridade, unidade, prosperidade, dignidade do estado como entidade moral e política, e assim o exército, a marinha, as finanças, a representação no estrangeiro, a polícia superior do estado, a administração da justiça; ou podem ser interesses jerais *essencialmente* por lei de continuidade, como os da grande viação, dos grandes trabalhos públicos, da tutela jeral dos interesses locais, da saúde jeral.

Por outro lado, pode um officio ser jeral não *essencialmente*, isto é, não pela natureza do interesse e pela índole do fim, mas pela quantidade, qualidade, oportunidade dos *meios* necessários para o realizar: tal é a instrução superior e tais são os interesses industriais.

Á pois assim duas espécies de jeneralidade do interesse, a

primeira *essencial* (absoluta ou relativamente), a segunda *acidental*. A primeira é relativa ao fim, a segunda aos meios.

Todos os outros interesses, que não teem tais caracteres, são particulares. São estes também de duas espécies: uma a dos que exclusivamente e *essencialmente* se prendem ao lugar, como a viação e a policia locais, os quais interesses, embora *comuns* a todas as partes, nem por isso são *jerais*; a policia de cada parte não interessa às outras nem ao todo. A segunda é a dos interesses *acidentais* locais, que, conquanto se reflitam necessariamente por lei de solidariedade sobre o interesse jeral, todavia, como podem ser administrados ou desempenhados com os meios locais, e porque o interesse jeral *reflecso* pode ser assegurado na soma dos próprios interesses particulares *directos*, podem deixar-se ao cuidado da administração local. Tais são, por exemplo, a instrução média e a elementar.

Aplicando a classificação, concluir-se-á que os interesses jerais essenciais devem estar sempre ao cuidado do estado, e que os interesses jerais acidentais se lhe devem também reservar, a não ser que as administrações particulares ou a livre iniciativa individual concorram com os meios de realização ou dêem garantia de bom governo de tais interesses.

Daqui deriva que a lei da descentralização é só aplicável aos interesses *jerais acidentais*, e que, porque a crescente civilização tende a difundir sobre o território os meios intellectuais, morais e económicos, cada vez mais se deve descentralizar esta espécie de interesses. A aplicação do princípio depende portanto da sábia apreciação do omem de estado.

Deve atender-se a que não á interesse jeral que não seja também local, nem interesse local que se não reflita sobre o interesse jeral. Uma mesma espécie de interesse pode ser interesse jeral e local, segundo as relações, por exemplo, a saúde e a instrução; o que mostra que a distinção entre o interesse jeral e o local nem sempre é de *qualidade e espécie*, mas algumas vezes de *quantidade e intensidade*. Assim a questão é de apreciação e de grau, e depende de se ver em uma dada

espécie de interesses ou em uma dada quantidade e grau de um interesse qual dos dois aspectos seja o principal e qual o secundário, isto é se deve prevalecer o aspecto do interesse para a jeneralidade ou para a localidade. É pois no todo uma questão de limites. Quando de modo directo concorrem os dois aspectos ou se equilibram, devem as duas administrações subsidiar-se e concorrer segundo a proporção do grau. Por isso succede que a administração local contribui para certos serviços governativos, como a segurança pública e a administração da justiça, e reciprocamente a administração central contribui para certos serviços locais, como a viação e a instrução.

Deixamos assim reproduzida quasi pelos seus próprios termos a doutrina de MEUCCI(1).

Como se vê, o problema não pode ser resolvido de modo a prever todas as hipóteses, dependendo, em relação a cada estado, das suas condições, tradições e necessidades especiais, do grau de desenvolvimento intellectual e moral do povo, etc.

E se o problema é já de si variável no confronto dos dois elementos—o jeral do estado e o particular das localidades—, maior variabilidade êle atinge, quando descemos dentro das circunscrições autárquicas ao exame da grande diversidade e desigualdade dessas entidades, entre si comparadas, atendendo às respectivas condições jeográficas, físicas ou demográficas, económicas, intellectuais e morais, e pretendemos determinar a sua esfera de acção. Uma primeira distinção se pode referir entre circunscrições rurais e urbanas, pois que para o aproveitamento de alguns serviços muito variam as condições de umas e outras. Uma segunda distinção se pode estabelecer dentro de cada um dos membros da primeira: assim nas circunscrições urbanas á que notar as capitais e as grandes cidades, que podem determinar organizações especiais; nas circunscrições rurais também de entre elas se podem destacar as mais pobres e pequenas, faltas de meios e de pessoas compe-

(1) Obr. cit., p. 165 a 169.

tentes para isoladamente realizarem diferentes serviços de natureza local, convindo assim reuni-las para alguns desses serviços e conceder-lhes nos restantes atribuições limitadas.

No problema da autarquia territorial, não se passando da simples comuna ao estado e avendo entre este e aquela outras circunscrições, não é também indiferente o facto da existência de circunscrições superiores à comuna, no que respeita a distribuição das atribuições.

Pondo de lado o exame destas faces especiais do problema, para não ultrapassar os limites que a índole do nosso trabalho nos impõe, remetemos todavia para a já indicada monografia de CARLO FERRARIS, onde estes e outros pontos estão tratados com desenvolvimento.

Igualmente não tentaremos aqui uma designação especificada das funções que devem ser atribuídas às autarquias territoriais ou dos serviços que devem ser descentralizados. Pode também sobre este ponto ver-se o referido FERRARIS, e ainda o sr. dr. LARANJO (1).

Concluindo, diremos com o sr. dr. LARANJO que o grau de centralização está na razão directa — 1.º, do numero e importância das atribuições deixadas aos corpos locais; — 2.º, da falta de injerência do governo ou dos seus agentes no exercício dessas atribuições. Mas não se deve contar como injerência do governo, contrária à descentralização, a inspecção e fiscalização dos corpos administrativos pelos agentes do governo, para estes submeterem os actos daqueles, quando lhes pareça que as leis são infringidas, aos tribunais competentes; pelo contrario, a inspecção e fiscalização governamental sobre os corpos administrativos alarga-se forçosamente à medida que a descentralização se torna mais extensa, porque é esse então o único meio de impedir esses corpos de se tornarem arbitrários ou de lhes corrigir o arbitrio (2).

(1) Obr. cit., p. 49 e 8.

(2) Dr. LARANJO, obr. cit., p. 41 e 42. -

ÍNDICE

	Pág.
PREFACÇÃO.....	5

INTRODUÇÃO

Prenações e determinação da ciência

TÍTULO I — Prenações.....	21
1. Advertência preliminar: — necessidade do estudo prévio de noções fundamentais	»
CAPÍTULO I — Sociedade e estado	24
Secção I — Sociedades humanas	»
2. Assuntos postos de lado: — As sociedades ani- mais; as origens do homem.....	»
3. Sociabilidade humana.....	»
4. Origens sociais; sociedades políticas.....	27
A) Teoria do patriarcado.....	»
B) Teorias opostas ao patriarcado.....	28
5. As relações sociais, o direito, o poder político e o estado.....	37
Secção II — Aplicação do critério orgânico às sociedades.....	42
6. Aparecimento da moderna teoria orgânica.....	»
7. Inteligência dos termos «órgão» e «organismo»...	44
8. O estado e a sociedade, quanto à aplicação do critério orgânico.....	46
Secção III — Noção e elementos da sociedade e do estado; suas relações.....	52
9. Noção e elementos da sociedade e do estado....	»
10. Relações entre a sociedade e o estado	61
DIR., 9.ª CAD.	23

	Pág.
CAPÍTULO II —Personalidade do estado; soberania; funções do poder político...	63
Secção I —Personalidade colectiva; personalidade do estado..	»
11. Conceito da personalidade; pessoas morais ou colectivas.....	»
12. Existência e natureza das pessoas colectivas....	67
13. Personalidade do estado; seus aspectos jerais...	70
Secção II —Soberania; funções do poder político.....	72
14. Conceito da soberania.....	»
15. Distinção dos poderes.....	74
16. Limites entre os poderes do estado..	80
TÍTULO II —Determinação da ciência.....	83
CAPÍTULO I —Administração e direito administrativo.....	»
Secção II —Actividade do estado: suas espécies.....	»
17. Actividade jeral do estado.....	»
18. Actividade política do estado.....	84
19. Actividade jurídica e actividade social do estado.....	85
20. Actividade patrimonial do estado.....	87
Secção II —Administração.....	89
21. Posição do problema.....	»
22. A antiga escola clássica.....	90
23. As modernas teorias.....	92
A) Doutrina de STEIN.....	»
B) Doutrina de FERRARIS.....	95
C) Doutrina de ORLANDO.....	98
D) Doutrina de POSADA.....	102
24. Conclusão.....	106
Secção III —Direito administrativo.....	117
25. Formação científica do direito administrativo...	»
A) O critério das leis administrativas.....	118
B) O critério do poder executivo.....	122
C) O critério dos serviços públicos e das relações entre o estado e os cidadãos.....	123
D) O critério da actividade do estado.....	126
26. Conclusão.....	128
Secção IV —Espécies de administração.....	129
27. Administração jeral e particular.....	»
28. Administração central e local.....	130
29. Administração activa e consultiva ..	132
30. Administração graciosa e contenciosa.....	134

	Pág.
CAPÍTULO II — Meios de que se utiliza a ciência da administração; fontes, ciências auxiliares e codificação do direito administrativo.	136
Secção I — Meios de que se utiliza a ciência da administração.	»
31. Espécies e definições.	»
Secção II — Fontes e ciências auxiliares do direito administrativo em geral.	140
32. Definição e espécies.	»
33. Costume	142
34. Lei; regulamento	144
35. Jurisprudência e doutrina; ciências auxiliares.	145
Secção III — Fontes particulares do direito administrativo português.	147
36. Monumentos do direito administrativo português ou fontes legais	»
37. Fontes doutrinárias	152
Secção IV — Codificação do direito administrativo	153
38. A questão geral da codificação.	»
39. Posição do problema da codificação do direito administrativo.	155
40. As diversas soluções	157
CAPÍTULO III — Método e plano.	165
Secção I — Método	»
41. Indicação sumária.	»
Secção II — Divisão sistemática da ciência da administração e do direito administrativo.	167
42. A diversidade de sistemas; divisões em grupos.	»
43. Planos sistemáticos de alguns escritores.	170
A) Alemães.	»
B) Italianos.	172
C) Franceses.	181
D) Espanhóis.	182
E) Brasileiro.	184
F) Portugueses	186
44. Avaliação geral dos sistemas	187
45. Divisão sistemática que propomos.	189

PARTE I (Parte geral)

Bases gerais da vida administrativa do estado

	Páj.
TÍTULO I — Teoria das relações administrativas	201
CAPÍTULO I — Sujeitos das relações administrativas	»
Secção I — Pessoas na administração	»
46. Pessoas administrativas	»
47. Administradores e administrados	203
48. Pessoas morais segundo o código civil português: traços ligeiros	204
Secção II — Divisão orgânica do território	206
49. Delimitação do território do estado	»
50. Necessidade da divisão administrativa	208
51. Origem das circunscrições administrativas	»
52. Carácter, próprio ou delegado, da função admi- nistrativa das circunscrições	212
53. Sistemas e graus de divisão	213
54. As grandes cidades, as capitais e sedes de cir- cunscrições	217
55. O aspecto colonial: separação de matéria	»
Secção II — Divisões subalternas	218
56. Lugar oportuno para o seu estudo	»
CAPÍTULO II — Relações administrativas	219
57. Natureza e espécies das relações de direito admi- nistrativo	»
58. Nascimento, modificações e extinção das relações de direito administrativo	221
TÍTULO II — Agentes da acção administrativa	223
CAPÍTULO I — Teoria das relações entre os agentes públicos e as pessoas administrativas	»
Secção I — Serviço, função e officio público; espécies de agentes administrativos; jerarquia administrativa	»
59. Serviço, função e officio público	»
60. Classificações dos agentes	225
61. As denominações de «majistrado» e «autoridade»	232
62. Jerarquia administrativa; seus efeitos	234

	Pág.
Secção II — Natureza jurídica da relação entre os funcionários e as entidades públicas.....	236
63. Existência da relação; seu carácter geral.....	»
64. Teoria unilateral.....	237
65. Teoria contratual.....	»
66. Doutrina de ORLANDO.....	238
67. Doutrina de POSADA.....	239
68. Doutrina de SANTI RIOMANO.....	241
CAPÍTULO II — Condições de admissão aos officios e empregos públicos.....	242
Secção I — Condições jerais.....	»
69. Distinção entre condições jerais e especiais.....	»
70. Designação das condições jerais.....	244
71. O secso e os officios ou cargos públicos.....	249
72. A religião e os officios públicos; o juramento religioso.....	»
73. As ideas políticas e os officios públicos; o juramento político.....	250
Secção II — Designação e formas de admissão dos agentes públicos.....	251
74. Sistemas de designação.....	»
75. Competência para a designação.....	256
76. Forma e diploma da designação.....	257
Secção III — Incompatibilidades.....	258
77. Capacidade, incapacidade, incompatibilidade.....	»
78. Incompatibilidades, inelegibilidades.....	259
79. Efeitos das incompatibilidades.....	264
CAPÍTULO III — Deveres, responsabilidades e direitos dos funcionários.....	266
Secção I — Deveres dos funcionários.....	»
80. Delimitação do assunto: — deveres jerais.....	»
§ 1.º — Deveres inerentes à designação para o cargo.....	267
81. Juramento.....	»
82. Posse.....	271
83. Imposições fiscaes.....	273
84. Encarte e rejisto de diploma.....	275
§ 2.º — Deveres inerentes ao exercício do cargo.....	277
85. Serviço pessoal e delegação de funções.....	»
86. Residência; visita à circunscrição.....	278
87. Obediência ao superior jerárquico.....	279
88. Intelijência e zêlo.....	284
89. Correspondência e relatórios.....	285

	PáJ.
90. Segrêdo de officio	287
91. Moralidade e decoro; educação e urbanidade...	288
Secção II — Responsabilidade dos funcionários.....	»
92. Fundamento e divisão da matéria.....	»
§ 1.º — Responsabilidade civil.....	289
93. Subdivisão.....	»
94. Responsabilidade para com o estado.....	»
95. Responsabilidade para com terceiros.....	290
§ 2.º — Responsabilidade penal.....	291
96. Considerações jerais.....	»
§ 3.º — Responsabilidade disciplinar.....	293
97. Fundamento da responsabilidade disciplinar; confronto com a penal.....	»
98. Espécies de penas disciplinares; efeitos.....	294
99. Competência disciplinar.....	295
100. A acção disciplinar e a diferente origem dos cargos públicos.....	296
Secção III — Direitos, garantias, imunidades, prerogativas e onras dos funcionários públicos.....	297
101. Direito ao cargo.. ..	»
102. Poder disciplinar; meios de defesa disciplinar...	301
103. Delegação de funções.....	302
104. Função de autoridade	»
105. Auxílio da força pública.....	303
106. Garantia administrativa.....	»
107. Outras excepções ao direito comum ou jeral...	309
108. Tutela penal do estado.....	312
109. Direitos económicos	313
110. Os emolumentos segundo o código administrativo	315
111. Prerogativas e onras; precedências.....	318
CAPÍTULO IV — Cessação do serviço do funcionário e seu suprimimento	319
Secção I — Cessação temporária.....	»
112. Incompatibilidade de exercício de funções; incapaculação facultativa de exercício de funções não incompatíveis; comissão de serviço.....	»
113. Doença.....	321
114. Licença.....	»
115. Ausência e suspensão.....	322
116. Reorganização de serviços.....	324
Secção II — Cessação definitiva.....	»
117. Preceito jeral.....	»

	Pág.
118. Serviço por períodos preficados; comissões de serviço	325
119. Incompatibilidade absoluta sobrevivida.....	326
120. Promoção; transferência; baixa de posto ou de categoria.....	»
121. Reorganização de serviços	327
122. Aposentação.....	»
123. Exoneração ou demissão.....	328
124. Morte.....	330
125. Conquista ou anecsação de território.....	»
Secção III — Suprimento da cessação de serviço do funcionário.	331
126. Como se supre o impedimento ou a vacatura ...	»
TÍTULO III — Sistemas de administração e coordenação jeral da acção administrativa.....	332
127. Justificação da matéria.....	»
CAPÍTULO I — Centralização e descentralização.....	333
Secção I — Determinação do problema.....	»
128. Noções jerais; espécies.....	»
129. A istória e a prática dos estados de orijem latina; tendência dos escritores modernos.....	336
130. Aspectos e limites do problema da descentrali- zação administrativa.....	338
Secção II — Desconcentração de atribuições e descentralização administrativa.....	342
131. Desconcentração de atribuições.....	»
132. Descentralização administrativa propriamente dita	344
133. Critério delimitador da descentralização.....	347

ALGUMAS CORRECÇÕES

Páj.	lin.	onde se lê	diga-se
16	25	<i>Estudo sôbre</i>	<i>Estudos sobre</i>
36	15	a dentro	adentro
42	9 e 10	do direito político	de estudo na ciência política
»	24	quer	quere
47	14	»	»
»	17	RÉNÉ	RENÉ
53	18	a dentro	adentro
57	9	<i>habitat</i>	<i>habitat</i> ou vivenda
61	1	por tanto	portanto
64	26	munutenção	manutenção
68	34	Nopoli	Napoli
77	21	quer	quere
83	24	Obr. cit., p. 6	Vej. BRUNIALTI, <i>La scienza della pubblica amministrazione secondo Stein</i> , na cit. <i>Bibliot. di scienze polit. e amministr.</i> , 2.ª série, vol. I (1897), p. 6.
85	19	<i>Pérsico</i>	<i>Persico</i>
93	2	é	e
96	13	quer	quere
121	17	oje	oje são
127	26	organização	organização do
130	8	grau	graus
141	5	expontanea	espontânea
143	9	mesmo	direito
177	11	aproxima	aprossima
194	19	negócios dos ex- tranjeiros	negócios estrangeiros
279	6	265	255
283	última	a secção	da secção
297	28	pode	poder
305	23	do código	de código
319	penúltima	cód.	<i>O cód. adm.</i>
»	»	anot.,	anot., Lisboa, 1849,
»	última	cód.	<i>Cod. adm.</i>
342	7	da autorização por	por autorização da
343	antepenúltima	n.º 9	n.º 8
352	20	centralização	descentralização

Não se notam alguns defeitos de ortografia, quanto a letras e quanto a acentuação gráfica, por serem de fácil emenda.